

L'Elément psychologique dans les Contrats suivant la conception Iranienne

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 5 Juin 1937, à 13 h. 30.

PAR

DJALAL ABDOH

PRÉSIDENT : M. SOLUS, Professeur.
SUFFRAGANTS : M. LÉVY-ULLMANN, Professeur.
M. LÉVY-BRUHL, Professeur.

PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON & Cie
158-160, RUE SAINT-JACQUES

1937

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

**L'Elément psychologique
dans les Contrats
suivant la Conception Iranienne**

A MON PÈRE

L'Elément psychologique dans les Contrats suivant la conception Iranienne

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 5 Juin 1937, à 13 h. 30.

PAR

DJALAL ABDOH

PRÉSIDENT : M. SOLUS, Professeur.

SUFFRAGANTS : M. LÉVY-ULLMANN, Professeur.

M. LÉVY-BRUHL, Professeur.

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & Cie

158-160, RUE SAINT-JACQUES

1937



AVANT-PROPOS

Cette thèse se propose d'étudier le rôle des facteurs d'ordre psychologique dans le domaine contractuel. Elle a pour but d'étudier l'élément moral par opposition aux éléments matériels, qui interviennent dans la formation des contrats ; cet élément, c'est la volonté. Notre but n'est pas d'étudier les problèmes de la psychologie, et ses rapports avec le droit des obligations contractuelles. Ces problèmes, tout en présentant un grand intérêt, seraient plutôt d'ordre philosophique et échappent, par conséquent, à notre compétence. Nous nous proposons donc, tout simplement, de faire une analyse positive de cet élément intellectuel, par opposition au facteur matériel, qui joue un rôle de premier plan dans la formation des contrats.

Nous avons l'intention d'examiner aussi d'autres considérations inspirées par la notion de la nécessité sociale, de nature à exercer une certaine influence dans les contrats. Mais, faute de temps, nous abandonnons l'idée de donner une telle ampleur à un sujet qui est déjà suffisamment étendu par lui-même. Cependant, le problème de la « licéité » dans les contrats sera traité d'une façon secondaire, étant donné qu'il a subi une évolution très caractéristique en droit iranien.

Ajoutons que, malgré son caractère abstrait, c'est sous son aspect le plus réaliste et le plus pratique, à savoir la conception du Code Civil iranien et ses applications jurisprudentielles, que cette étude sera abordée.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Choix du sujet. — Le droit musulman chiite (1) qui forme aujourd'hui la principale source du droit civil iranien repose sur un principe qui aurait pu en faire un droit parfaitement moderne s'il avait été appliqué sans réserves. Ce principe se trouve exprimé dans l'adage :

« *Les contrats dépendent des volontés* »,

il entend donc que la place la plus large soit laissée à la volonté des contractants. Malheureusement, le droit chiite au cours de son évolution s'est éloigné peu à peu du point de vue initial du législateur, pour s'étayer de plus en plus sur la déclaration verbale de volonté. Dès lors, la science juridique perdit tout son intérêt pratique pour devenir un ensemble de querelles de mots souvent exprimés sous des formes obscures, à travers les pages des ouvrages peu précis de « fegh » (2).

Le Code Civil Iranien de 1928, tout en se refusant à reproduire la formule de l'adage, l'appliqua plus d'une fois à différentes places. Il voulut ainsi ressusciter ce principe, dont l'application intégrale aurait fait de notre code une législation parfaite. Il faut constater avec regret que le législateur iranien n'est pas resté très fidèle au principe établi par cet adage. Car il a laissé survivre, à travers les diffé-

(1) La religion musulmane se divise en deux rites : le *sunnite* et le *chiite*. Le rite sunnite lui-même se divise en quatre branches : les Hanafite, Chaféite, Hambalite, Mâlekite. Ce dernier est répandu en Iran.

(2) Fegh : nom donné en droit musulman à la science qui s'occupe des questions juridiques de détail.

rents chapitres de notre Code, certaines dispositions qui ne sont pas en harmonie avec sa portée exacte. Les rédacteurs du Code ont consacré aveuglément certaines solutions qui ne sauraient être conformes à l'esprit de notre Code, à savoir, la considération de la volonté des parties.

C'est en constatant ces contradictions, que l'idée nous vint d'examiner le problème de la volonté en droit iranien. Ainsi, cette dernière constituera l'objet principal de notre étude.

Difficulté du sujet. — Ce n'est qu'après avoir choisi l'objet de notre étude que nous nous sommes rendu compte des difficultés que nous aurions à surmonter.

En premier lieu, il nous manquait le temps nécessaire pour l'étude approfondie d'un problème si délicat.

En second lieu, l'objet de notre étude n'a jamais été abordé par aucun auteur musulman ou iranien.

En troisième lieu, la jurisprudence est peu abondante, en raison de la date relativement récente de la promulgation de notre Code Civil.

Nous avons essayé de dominer ces difficultés, dans l'espoir que cette étude pourrait contribuer, dans une mesure si faible soit-elle, à la réforme de notre Code Civil. Ce sera pour nous la meilleure récompense, car cette réforme, croyons-nous, serait un grand pas vers le progrès.

Plan de l'ouvrage. — Des explications données plus haut, résulte le plan auquel il convient de s'arrêter : Une première partie doit avoir pour objet la définition du contrat, et sa délimitation, qu'on fera suivre de certaines précisions sur le domaine de l'élément psychologique et matériel ; une seconde partie sera consacrée à la conception contractuelle en droit iranien, précédée d'une étude historique de la matière ;

c'est ici que nous examinerons en détail l'évolution de l'élément psychologique du contrat au cours des différentes périodes du droit chiite ; enfin, dans une dernière partie, nous étudierons les différentes applications de la nouvelle conception contractuelle, ce qui nous permettra de nous rendre compte des incohérences qui existent entre cette conception et certaines solutions législatives, dont l'existence s'explique seulement par une sorte d'attachement inconscient des rédacteurs du Code, aux solutions traditionnelles.

Nous examinerons aussi certaines solutions jurisprudentielles, conformes à la nouvelle conception de notre Code.

Nous terminerons notre ouvrage en tirant la conclusion qui s'impose, c'est-à-dire, la nécessité de procéder à un amendement du Code, afin d'assurer l'harmonie et la logique nécessaires à une construction législative.

Pour permettre à nos lecteurs d'être au courant de l'état de la législation contemporaine de l'Iran, nous ferons précéder cette étude d'un aperçu historique de notre Code et de son contenu, au moins pour la partie qui concerne particulièrement notre sujet.

Ce dernier fera l'objet de notre introduction.

CHAPITRE PREMIER

Aperçu historique du Code Civil Iranien

Cette étude historique sera divisée en trois parties : dans la première, nous allons passer en revue l'histoire de la législation en vigueur en Iran depuis l'invasion arabe (1) jusqu'à la fin du XIX^e siècle ; dans une seconde partie, nous examinerons l'état de notre législation à la veille de la promulgation du Code. Dans la troisième partie, nous étudierons le Code Civil, sa rédaction, ses sources.

Nous serons brefs dans la première partie, cette question ayant déjà été traitée longuement par nos compatriotes (2).

(1) Au début du VII^e siècle de l'ère chrétienne. — L'étude de l'histoire de Perse, les témoignages des auteurs anciens prouvent qu'avant la conquête de l'Islam, les institutions judiciaires et sociales étaient développées en Iran. V. le Rapport Juridique présenté par le Comité National de l'Iran à l'Académie Internationale de Droit Comparé, sur l'Influence des Systèmes Juridiques Occidentaux sur le Droit Privé de l'Iran. (M. Ahmad Imami, Premier Président du Tribunal de Première Instance de Téhéran ; Mohamed Ali Bouzari, Procureur Impérial près du Tribunal de Première Instance de Téhéran).

Arthur Christensen, dans son livre intitulé « L'Empire des Sassanides », p. 64, cite un passage d'Ardechir Babékan : « Tous révèrent les prêtres et les regardent avec beaucoup de vénération ; les affaires publiques sont arrangées selon leurs conseils et leurs prédictions, et ils dirigent en particulier les affaires de tous ceux qui ont un litige, en surveillant avec soin ce qui se fait et en portant leur décision. Et rien chez les Perses ne semble être légitime et juste, si ce n'est pas affirmé par un Mage ».

De même Labourt, dans son livre sur le « Christianisme dans l'Empire Persé », p. 181, raconte dans les actes de martyres la condamnation d'un prêtre chrétien appelé Maraba, accusé d'avoir converti les Mazdéens à sa religion, dans ces termes : « Maraba fut sommé de comparaître devant le Concile des Mages, le Mobed Suprême. Dadhormuzd présidait l'assemblée, deux hauts personnages, le Shahrदार Adurpareh et le Rad de Perse accusèrent l'évêque. Après un simulacre d'interrogatoire, Dadhormuzd se présenta devant le Roi, et en obtint la permission de livrer Maraba au directeur des Prisons ».

(2) Voir Hosseini, *Le Statut de la Femme Mariée en Droit Chite*, p. 40 et ss. — Voir également Amir Soleimani, *La formation et les effets du contrat en Droit Iranien*, p. 4 et ss.

I. — L'Iran étant un pays musulman, où la religion exerçait une grande influence, il ne possédait pas jusqu'à ces derniers temps un Code Civil, comprenant des textes législatifs du genre de ceux qu'on rencontre dans les pays occidentaux. Chez nous, comme dans tous les pays musulmans, où la religion et le droit se confondaient en pratique, le droit civil était régi par des règles et des préceptes issus du Coran, les paroles et les actes du Prophète et des Imams, ce qu'on appelle les *Sunnates*.

Cependant, aucun travail de codification n'avait été entrepris, en raison des controverses qui existaient entre les auteurs, dont le rôle était d'interpréter ces paroles divines. D'ailleurs, ces derniers n'ayant pas le pouvoir temporel, une codification de ce genre ne pouvait présenter qu'un intérêt relatif ; car elle n'aurait eu qu'une portée pratique restreinte.

Ainsi l'Iran était régi par un ensemble de doctrines dont chacune comportait des applications plus ou moins nombreuses, suivant la tendance personnelle des juges du fait. A la tête de la secte chiite se trouvait Imam Djafar Sadegh, qui a créé les premiers éléments du droit chiite ; malheureusement, il n'a laissé aucun écrit, il y a seulement des *sunnates* qui remontent à lui par la voix verbale.

Ce sont surtout quelques jurisconsultes postérieurs qui ont recueilli ces traditions orales et ont essayé de construire les premiers pylônes d'une construction juridique, qui est restée aujourd'hui encore la principale source du droit civil iranien. Les plus importants de ces auteurs sont :

1° Sheikh-Mofid (Mohamed ibn El Neman Abou Abdollah al-Mofid, 338-413 Hedjire).

2° Sheikh-Toussi (Sheikh-Mohamed-Al-Hassan ali Abou Djafar al Toussi, 385-460 Hedjire).

3° Sheikh-Seid-Mortaza (355-436).

4° Kulaïnq (Muhammad ibn Yaïub al-Razi), mort en 328.

5° Ibn Babawayh (Muhammad ibn Husain), mort en 381.

Et plus tard, nous avons à signaler :

1° Djafar ibn al-Hassan al-Hilli, surnommé al-Muhaqiq al Awwal, mort en 675.

2° Madjlissi.

Parmi les ouvrages importants, notons :

1° Le Foroué Kafi, de Koleini ;

2° Le Man la Yahzoro'l-Faghi, de Babawayh ;

3° Le Tahzib al-Akham, et

4° Le Al Istebars de Sheikh-Toussi.

Nous terminerons par les noms de Bihar al-Anwar, de Madjlissi, et du Djawaher ol Kalam, de Sheikh Mohamed al-Hassan-Nadjafi (1).

En ce qui concerne les étapes traversées par le droit chiite, nous respecterons la classification donnée par l'éminent juriste Dr Mossadegh, dans son intéressant ouvrage sur le Testament (2), à savoir : 1° Epoque de la révélation et de l'inspiration, pendant laquelle le droit fut révélé par Mahomet et les douze Imams chiites ; 2° Epoque formaliste, qui commence dès « l'absence » du douzième Imam. Cependant, nous avons tendance, comme M. Amir-Soleimani (3), à reculer l'époque formaliste pour placer entre ces deux époques celle de la compilation du droit chiite. Cette classification présente un intérêt pour le développement de notre thèse, car notre étude est fondée, comme nous allons le voir, sur une évolution méconnue jusqu'à présent, et que nous allons essayer de dégager dans ces différentes étapes.

(1) V. Hosseini, *op. cit.*, pp. 50 et ss. ; Amir-Soleimani, *op. cit.*, pp. 38 et ss.

(2) V. M. Mossadegh, *Le Testament en Droit Musulman*, pp. 60 et ss.

(3) V. *op. cit.*, pp. 40 et ss.

Malheureusement, ce droit chiite n'a pu s'adapter aux conditions de son époque ; ceci malgré la possibilité pour les auteurs d'avoir recours à la « raison humaine » (1), afin d'apporter les modifications nécessaires aux anciennes dispositions. Ainsi, le droit chiite entra définitivement dans une sorte de cadre rigide accentué par l'introduction du formalisme verbal, qui hantait les esprits subtils de nos jurisconsultes. Nous allons voir une application de cette idée, quand nous entrerons dans le vif de notre sujet.

Les doctrines du rite chiite ont été étudiées dans deux sciences : science de « fegh » et science de « ossoul ».

La science de « fegh » est celle qui envisage les prescriptions légales « accessoires ». La science de « ossoul » se divise en deux parties : 1° La théologie, qui examine la foi en Dieu et le Jour Suprême ; 2° Les principes qui sont indiqués pour dégager les prescriptions légales accessoires. Ainsi, l'expression d'« accessoire », qui figure dans la définition de fegh, exclut les prescriptions principales qui font l'objet de « ossoul ». Dans la seconde partie de « ossoul », on traite des quatre sources du droit chiite, et certaines autres règles secondaires qui contribuent à dégager la volonté exacte du législateur.

« *Hokm Chari* » : *prescriptions légales*. « *Hokm Chari* » consiste dans les dispositions de la volonté divine concernant certains actes, certains faits matériels ou certaines situations objectives. Ces dispositions peuvent se diviser en deux parties : 1° prescriptions impératives ; 2° prescriptions positives. Les prescriptions impératives sont celles

(1) La « raison humaine » est reconnue comme l'une des sources de droit chiite, et elle permet aux législateurs de cette secte d'adapter les lois et les principes aux besoins de l'époque. Pour plus amples détails, V. Mossadegh, *op. cit.*, pp. 36 et ss.

qui visent directement certains actes, faits par ceux qui ont la pleine capacité. Les prescriptions positives sont celles qui s'adressent à certaines situations objectives. Les premières se divisent en cinq parties : 1° Le « Wajib », obligation de faire parfaite ; 2° Le « Haram », obligation de ne pas faire ; 3° « Moustahab », obligation de faire imparfaite : méritoire ; 4° « Macroh », obligation de ne pas faire imparfaite : « détestable » ; 5° « Moubah », qui concerne des actes ou des abstentions facultatives. On voit, par conséquent, qu'il y a une sorte de confusion entre les obligations morales et les obligations juridiques : ceci s'explique par le caractère religieux de la législation musulmane.

Les obligations de « ne pas faire imparfaites » ne comportent, en principe, aucune sanction, tandis que les obligations « parfaites » entraînent avec elles des sanctions juridiques.

Les secondes, les prescriptions positives, sont celles qui visent des situations objectives, plutôt que les actes des gens capables ; par exemple, tel fait servira de cause à tel effet : la causalité, ou le fait de détruire la chose d'autrui, entraîne la responsabilité de l'auteur. Dans les exemples précités, les prescriptions du législateur se portant d'une façon directe sur la notion de la causalité. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que les mêmes prescriptions pourraient entraîner des obligations pour l'auteur des actes respectifs (1).

II. — Avec l'organisation de la justice, aux environs de 1875, on a cru un moment que l'Iran allait posséder une législation moderne, car le Roi, à son retour d'Europe, chargea le Conseil d'Etat d'élaborer de nouvelles lois relatives

(1) Voir Mohammad Sangaledji, *Dalaet-Sedad*, p. 3.

à la justice. Ce Conseil commença par traduire le Code Civil Français, et certaines lois en vigueur dans les colonies musulmanes de France et d'Angleterre ; mais cette tentative n'a pas eu de résultats (1). Cependant, le Roi édictait de temps en temps des « firmans » (2), dont l'un réglementa le régime de la « vente conditionnelle », ou vente à réméré (3).

L'Iran, devenu monarchie constitutionnelle en 1906, pensa à se donner une nouvelle organisation de la justice et surtout, à élaborer des lois de forme et de fond, de nature à assurer son bon fonctionnement. La tâche n'était pas très facile, car il fallait faire bon marché de l'Article 11 du Supplément de la Loi Constitutionnelle, du 7 octobre 1907, en vertu duquel aucune loi ne devait s'opposer aux dispositions islamiques (4), ce qui pouvait entraîner le mécontentement des « Ulémas » (5), très influents à cette époque.

Cependant, en 1911, on a réussi à élaborer des lois sur l'organisation judiciaire et la procédure. Quelques années plus tard, en 1915, Issa Ali-Abadi, ancien conseiller à la Cour Disciplinaire, chef de Cabinet au Ministère de la Justice à l'époque, eut l'heureuse initiative de demander à l'un des magistrats les plus éminents de notre pays, M. Fatémi, président de la Chambre Civile à la Cour de Cassation, membre de l'Académie, de procéder à la préparation d'un projet de Code Civil.

Le projet préparé, une commission fut constituée, dont fai-

(1) Dr. Matine, *La suppression des capitulations en Perse*, p. 115.

(2) Ordonnance du Roi.

(3) M. Adle, *Droit Civil de l'Iran*, p. 300.

(4) Dr. Matine, *op. cit.*, p. 116.

(5) Docteur de la loi, théologien chez les musulmans.

saient partie M. Taghavi, actuellement Président à la Cour de Cassation, et M. Fatémi lui-même (1). M. Adle, sous-secrétaire au Ministère de la Justice, qui a fait ses études de Droit à Paris avec l'auteur du projet, ont pris une part très active à sa mise au point. Malheureusement, on n'a pas donné suite au travail entrepris par la Commission. Ceci, croyons-nous, pour des raisons d'ordre religieux. En effet, les chefs religieux, ayant pris la tête des mouvements révolutionnaires, s'étaient emparés en pratique du pouvoir exercé antérieurement par le Roi ; ils ne voulaient permettre aucune réforme, de nature à amoindrir leurs privilèges ou à compromettre leurs intérêts. Signalons en passant que ces intérêts étaient loin d'être purement moraux, le respect du droit musulman, par exemple. A côté des intérêts intellectuels, qui ne servaient qu'à titre de prétexte, il y avait surtout des intérêts matériels, qui les rendaient hostiles à toute réforme de la législation civile.

En effet, ils possédaient des terrains, des fermes, des immeubles au nom de la Mosquée, du Mausolée et de l'Ecole, qui leur rapportaient de très belles rentes. Ce qui les mettait en garde contre les entreprises législatives, ce qui les inquiétait, c'était l'idée qu'une réforme législative pourrait leur enlever cette manne terrestre qui leur procurait de si beaux revenus. Cette crainte n'était pas injustifiée, car l'avenir a montré qu'une réglementation du droit civil n'a pas été en faveur des monopoles dont ces chefs religieux étaient les seuls bénéficiaires.

Ainsi, les Ulémas, loin de suivre l'évolution de l'époque, faisaient des difficultés nombreuses à toute réforme, alors

(1) Y participaient aussi : Seïd Mohamed Yazdi, président à la Cour d'Assises Spéciale, Seïd Mohamed Reza Af-Tchéi, président au Tribunal Spécial Religieux, conseiller à la Cour de Cassation à cette époque.

que, d'après le droit chiite, ils avaient au contraire la possibilité de l'encourager. En effet, en droit chiite, on trouve deux sortes de prescriptions légales ; les prescriptions principales, les prescriptions secondaires. Les prescriptions principales sont celles qui sont envisagées dans les circonstances de l'époque du Prophète ; mais dans d'autres circonstances, la nécessité peut imposer d'autres prescriptions pour la même situation juridique. Ces dernières s'appellent les prescriptions secondaires. Ces deux ordres de prescriptions sont tous les deux réguliers ; chacun correspond aux circonstances de l'époque. Ainsi, il est défendu de boire du vin dans la religion chiite, cependant, la prohibition est supprimée, si le vin devient une nécessité médicale ; ces deux prescriptions sont toutes les deux légitimes, et pourtant, elles représentent deux solutions contraires pour le même problème.

Cette conception souple des dispositions législatives pouvait permettre d'adapter les règles du droit chiite aux exigences de l'époque. Elle a été confirmée par des principes que nous allons citer et qui résultent du Coran et des Sunnates :

« Je suis envoyé pour être le Prophète d'une religion facile et simple ».

« Il n'y a pas de difficultés dans la religion ».

« Quand je vous commande, vous ferez tout ce qui est en votre pouvoir ».

Voilà des principes qui auraient pu assouplir certaines règles rigides du droit chiite, qui ne répondaient plus aux besoins de l'époque ; ceci d'autant plus facilement, que tout le monde était d'accord pour dire que les prescriptions légales ne sauraient jamais aller contre la « raison humaine ». Seulement, on n'en a jamais tenu compte.

Cependant, une commission fut constituée aussitôt après la guerre, pour l'élaboration des lois judiciaires ; elle avait l'intention d'aborder la préparation du Code Civil. Une telle initiative était d'autant plus indiquée que l'auteur du premier projet, M. Fatémî, en faisait partie ; malheureusement, le résultat obtenu ne fut pas plus heureux que celui de la commission de 1915 (1).

Devant cette inertie du législateur, occasionnée par l'influence néfaste des Ulémas, les juges temporels, ne possédant aucun recueil de lois, appliquaient les solutions que leur inspiraient les ouvrages de « fegh », et surtout leur bon sens personnel.

Une telle façon d'agir suscitait des inconvénients graves.

1° S'il est vrai que les juristes chiïtes avaient souvent une grande culture juridique, il n'est pas moins certain qu'ils se souciaient peu de la méthode, pourtant indispensable aux travaux de droit ; ils manquaient aussi de la précision et de la clarté désirables dans ce domaine. Dans ces conditions, les juges devaient procéder à un travail de déchiffrement, afin de dégager une solution juridique, ce qui rendait leur tâche très difficile, et encore pour cela, fallait-il être suffisamment cultivé, pour comprendre des livres de « fegh » rédigés en arabe ; condition qui manquait chez la majorité d'entre eux.

2° Il n'y avait pas d'« unanimité » sur les solutions à donner au problème juridique. Ceci créait de l'incertitude, aussi bien chez le juge, qui ne savait exactement à quelle doctrine il devait se rallier, que chez l'avocat, qui ignorait l'opinion du juge ; il ne pouvait ainsi déterminer à coup sûr la ligne de conduite à suivre pour sauvegarder les inté-

(1) V. le communiqué ministériel N° 3.750, 1919.

rêts de son client. Quelquefois, les plus habiles d'entre eux soumettaient des questionnaires aux grands jurisconsultes, qui portaient le nom de « esteftà », et demandaient l'avis de ces derniers sur les problèmes qui les occupaient. Les « Modjtehed » (1) donnaient leur avis, qui pouvaient être produit en justice pour contribuer à la conviction du juge. Ajoutons que ces avis ne liaient que moralement le juge ; celui-ci avait toujours la possibilité d'admettre la solution contraire.

Car, d'une part, les jurisconsultes n'ayant qu'un pouvoir spirituel, leurs décisions étaient dépourvues de sanctions ; d'autre part, le juge pouvait rester en règle avec la religion, en se conformant à l'avis d'un jurisconsulte qui soutenait la thèse contraire. En effet, les jurisconsultes pouvaient toujours être en désaccord, en raison des différentes interprétations possibles que pouvaient recevoir les sources du droit musulman. Ajoutons que, dans certains cas, une telle difficulté était évitée, car un juge qui avait toutes les qualités requises chez un « Modjtehed », suivait sa propre conviction, sans avoir besoin de se conformer à d'autres avis venus de l'extérieur.

3° Les lois chiites étaient faites à une époque où la vie économique n'avait pas encore pris son essor actuel. Mais depuis, l'humanité a fait de grands pas en avant, et notre pays aussi, malgré son retard. Il y avait donc des rapports juridiques nouveaux pour lesquels il n'existait aucune réglementation. Le juge temporel, en présence de ces difficultés, malgré l'interdiction du déni de justice (2), retardait, sinon éternellement, au moins provisoirement, le moment de juger.

(1) Grands jurisconsultes musulmans.

(2) Voir l'article 3 de la loi de 1329 Ghamari sur la procédure civile.

4° Le juge, en l'absence de principes juridiques s'imposant à lui, avait inévitablement tendance à aboutir à l'arbitraire. D'ailleurs, en l'absence de toutes dispositions légales, il empiétait sur le pouvoir législatif en jouant en même temps le rôle du législateur. En présence de tous ces inconvénients, la nécessité d'une codification civile se montrait de plus en plus pressante. Malheureusement, avec la guerre et ses résultats horribles, la famine et les épidémies, l'idée d'une telle entreprise sombra, devant les souffrances morales et matérielles qui nous torturaient. C'est seulement en 1921 avec le coup d'état effectué par Reza Khan-Pahlavi, général de l'armée, qu'on a dissous le corps judiciaire pour en établir un nouveau, sur des bases plus modernes. Le travail de préparation du Code Civil commencé en 1915, repris en 1919, fut remis en chantier, devant une commission composée de nos grands magistrats (1). Mais, il fut interrompu, car d'autres réformes se montraient beaucoup plus urgentes ; en effet, des difficultés surgirent à l'intérieur, mais provoquées par des mains étrangères. Le général Pahlavi, ministre de la Guerre et Président du Conseil, était obligé d'y faire face en premier lieu. Son premier souci a été de rétablir la sécurité, cette sécurité sans laquelle s'écrouleront tous les systèmes et s'évanouiront toutes les espérances.

Le général Pahlavi étant monté sur le trône, commença à procéder à de grandes réformes judiciaires qui s'imposaient. C'est le regretté Dawar, le grand homme d'Etat iranien, qui fut chargé de mener à bien cette noble idée de Sa Majesté. C'est ainsi qu'en 1927 il a dissous l'ancien corps judiciaire déjà pourri, pour en faire un nouveau, plus

(1) Communiqué ministériel N° 12.037, 1921. Faisaient partie de cette commission M. Fatémi et M. Abdoh.

solide et moins routinier. Notre ministre avait réussi ce rajeunissement sous l'impulsion de Sa Majesté, non sans avoir à s'opposer aux éléments réfractaires. Ces derniers avaient l'insolence de s'accrocher aux principes constitutionnels, pour entraver l'œuvre de ce ministre, dont la grande valeur technique et le loyalisme étaient au-dessus de tout soupçon.

Une fois la justice réorganisée, M. Dawar tenta d'exécuter l'ordre royal concernant la suppression du régime des capitulations, seulement une telle tentative n'aurait jamais pu être couronnée de succès, si on n'avait réussi avant à munir nos tribunaux de tous les instruments qui leur étaient nécessaires pour mener à bien cette grande tâche de l'administration : la Justice. C'est dans ces circonstances qu'une commission composée de juristes de droit chiite et de magistrats expérimentés (1) fut convoquée afin d'élaborer un Code Civil. M. Fatémi, l'auteur du projet de 1915, et M. Adle, sous-secrétaire d'Etat au moment de la préparation de ce projet, directeur général à la législation au Ministère de la Justice, faisaient partie de cette commission. On ne peut ignorer le rôle de Dawar lui-même, sous la présidence duquel la commission travaillait. La commission commença ses travaux sur un projet préparé par M. Fatémi et M. Adle. Celui-ci était à peu de chose près, le même que celui présenté par M. Fatémi en 1915. M. Fatémi, très expert dans l'étude du droit musulman, apporta le fruit de sa culture juridique au point de vue du fond des dispositions de ce projet. M. Adle, grand juriste du droit moderne, apporta quelques idées juridiques euro-

(1) Y participèrent : M. Taghavi, président de la Cour de Cassation, M. Assar, Cheikh M. Ali Kachani et M. Iravani.

péennès, et surtout, lui donna la forme d'un Code européen. Le projet a été discuté devant la commission. Il ne comportait que la partie du Code relative aux biens, aux obligations, au testament, aux successions. L'état des personnes et les preuves furent l'objet de projets ultérieurs. Ainsi, à la veille de la suppression définitive du régime des capitulations, la Chambre en 1928, vota un article unique, par lequel elle autorisa la mise en vigueur immédiate du Code Civil. Avec sa promulgation disparaît le régime des capitulations, ce régime qui permettait à certains étrangers malhonnêtes d'agir impunément contre la sûreté et l'indépendance de l'Etat. Ainsi cette œuvre juridique, qu'est le Code Civil iranien, sans avoir la prétention d'être parfaite, comme nous allons le voir au cours de cette étude, mérite d'être considérée non seulement au point de vue de ce qu'elle contient, mais au point de vue de ses effets politiques. C'est pourquoi nous voudrions ici rendre hommage aux membres de la commission, pour avoir pu terminer leur tâche, et ceci au moment précis où il le fallait. Cet heureux résultat ne peut être qu'admiré par les juristes iraniens de la Jeune Ecole.

Signalons en passant que Sa Majesté, qui attachait une grande importance au Code Civil élaboré sous son règne, honora l'auteur principal du projet, M. Fatémi, en lui remettant une crosse incrustée de pierres précieuses (1). Ceci en 1927, avant la promulgation même du Code Civil. D'ailleurs, les extraits des communiqués ministériels que nous avons entre les mains, montrent que M. Fatémi était toujours en contact (2) avec le Ministère de la Justice, avant

(1) Distinction extraordinaire : v. Décret Impérial 4 Ordibehechte, 1305 (1927).

(2) Communiqués ministériels 30.350, 1926 ; 23.064, 1927.

la convocation de la dernière commission, qui a abouti à la codification du Code Civil.

Il y a lieu de constater que certaines dispositions qui rentrent, à proprement parler, dans le domaine du droit civil, existaient dans notre législation, avant même la promulgation du Code Civil. Rentrent dans cette catégorie, premièrement, la Loi du 21 Bahman 1306 (1928), sur la prescription acquislative, complétée par la loi 1308 (1929) sur la prescription extinctive (cette dernière a été promulguée après le Code Civil). Deuxièmement, certaines dispositions sur la preuve, régies par la Loi de Procédure Civile de 1911-1912. Troisièmement, certaines règles relatives à l'enregistrement dans la Loi du 21 Sawr 1302 (1924) qui avaient pour but de créer des actes authentiques ; mais ces dispositions éparses ne pouvaient en rien remplacer le Code Civil dont la nécessité se faisait sentir de plus en plus (1).

Nous avons vu que le Tome I^{er}, qui régit les biens et les obligations, date de 1928, mais le second, relatif aux personnes, fut promulgué en 1934 et 1935, et le troisième, qui concerne les moyens de preuves, a été voté en 1935 également. Ces deux derniers tomes furent élaborés devant une commission composée de hauts magistrats, sous la présidence de M. Sadre, ex-ministre de la Justice. M. Dr. Matine, sous-secrétaire d'Etat à cette époque, actuellement Ministre de la Justice, M. Fatémi, M. Abdoh, en faisaient partie.

Parmi les auteurs récents qui ont fait des commentaires du Code Civil iranien, nous pouvons citer les noms de M. Adle, ancien professeur de la Faculté de Droit de Téhé-

(1) Une ordonnance de Mozaffared dine Shah rendue avant la Constitution, réglementait la nationalité. La loi de 1308 modifiée à son tour par celle de 1309, a complété cette réglementation. Aujourd'hui, cette institution fait partie du Tome II du Code Civil.

ran, et auteur d'un ouvrage intitulé : « Le commentaire du Code Civil », et celui de M. Abdoh, professeur de Droit Civil à la Faculté de Téhéran, Président de la Cour Disciplinaire, qui est l'auteur d'un « Cours professé à la Faculté de Droit de Téhéran ». Ajoutons que M. Imami, premier président au Tribunal de première instance de Téhéran contribue (1) considérablement au développement de notre jurisprudence. Ainsi la plupart des jugements que nous aurons à examiner, ont été rendus par ce magistrat, que ses qualités exceptionnelles ont fait distinguer parmi ses collègues.

Certes, le nombre et l'importance des réformes a pu surprendre ; le rythme accéléré auquel ces réformes ont été imposées, a surpris encore davantage. En quelques années, des lois nouvelles ont été discutées, votées, promulguées, appliquées : nous possédons maintenant une jurisprudence relativement solide. Il fallait, en effet, agir vite, très vite ; le pays souffrait cruellement de l'injustice maintenue dans une certaine mesure par l'influence des chefs religieux et par le régime des capitulations. De jour en jour, le loyalisme se retirait du corps social. Arrêter cette course infernale, qui nous menait vers le néant, rétablir les courants bienfaisants de la justice, ne pouvait souffrir ni retard, ni attermolement.

Ainsi, nous terminons l'aperçu historique de notre Code Civil. Ajoutons un mot sur les sources auxquelles ses dispositions ont été puisées. La principale source doit être recherchée dans les traditions chiïtes. Signalons tout de suite que l'apport du droit français ne doit pas être négligé,

(1) M. Imami est l'auteur du Rapport Juridique présenté à l'Académie Internationale de Droit Comparé. Ce rapport a été préparé en collaboration avec M. Bouzari, Procureur Impérial à Téhéran.

surtout en ce qui concerne l'introduction, les chapitres premier et second du Tome Premier, les Livres I, II, III, IV, V, VI du Tome Deux sur les Personnes et la Nationalité, le Tome Trois sur la Preuve (1).

II. — APERÇU GÉNÉRAL DE LA PARTIE DU CODE CIVIL RELATIVE AUX OBLIGATIONS.

La seconde partie du Code Civil iranien a pour rubrique « Les contrats, les conventions et les obligations non-contratuelles ». Elle se divise en plusieurs titres, dont le premier est consacré « aux contrats et obligations d'une façon générale ».

Une telle classification constitue un progrès décisif sur le droit musulman, qui commençait à étudier les contrats particuliers, sans laisser aucune place aux notions générales dominant tous les contrats. C'est justement cette lacune du droit musulman qui fait la grande difficulté de notre tâche. Car, pour traiter un sujet qui touche la partie générale des contrats, nous manquons d'éléments concrets pour faire ressortir la conception contractuelle du droit chiite à travers les pages compliquées des livres de « fegh ». Ceux qui sont en contact avec des ouvrages de « fegh », sauront apprécier cette œuvre de déchiffrement.

L'article 183 nous donne la définition du contrat, le titre premier est divisé en plusieurs chapitres ; le premier de ces chapitres nous donne l'énumération des différentes espèces de contrats ; le second traite des conditions de la formation de contrats. Ce chapitre est divisé en autant de sections qu'il y a de conditions pour la formation du contrat. Dans

(1) Voir le rapport précité, pp. 7 et 8.

le chapitre III, sont réglés les effets de contrats. Le chapitre IV traite des différentes clauses qui peuvent être insérées dans les contrats ; le chapitre V étudie le contrat sur la chose d'autrui ; le chapitre VI examine les causes d'extinction des obligations.

On ne voit pas, dans la partie générale des contrats et des obligations, figurer certaines institutions qui, dans le Code Civil français, ont l'air de constituer des appendices à la théorie des obligations, comme la transcription et les privilèges. Le Code Civil iranien se rapproche, à ce point de vue, du Projet de Code franco-italien (1) des Obligations.

Il faut ajouter à cette énumération quelques dispositions qui se trouvent soit dans les autres parties du Code Civil, comme l'art. 10, et les articles 951, 952, 953, 954, 959, 960, 967, 968 et 975, soit dans d'autres lois comme la Loi sur la Prescription de 1308 (1929) et la Loi sur l'Enregistrement de 1310 (1931).

Le titre II de la seconde partie est consacré aux obligations créées par d'autres sources que celles du contrat.

C'est dans le titre III que le législateur étudie chacun des contrats séparément. Il est divisé en plusieurs chapitres, dont le premier est consacré à l'étude de la vente. Ce chapitre présente une grande importance, car c'est à propos de la vente qu'on trouve beaucoup de dispositions générales : ceci vient de ce que la vente est incontestablement le plus ancien et le plus usuel des contrats. Aussi serait-ce naturel de trouver dans le chapitre consacré à la vente, comme c'était déjà la tradition en droit chiite, beaucoup de règles applicables à tous les contrats, entre autres les « droits

(1) Projet du Code des Obligations et des Contrats, texte définitif approuvé à Paris en 1927, 1928 à Rome, p. 26.

d'option » ; les cas de résiliation. Le chapitre II est consacré à la « vente conditionnelle », ou « vente à réméré ». Les chapitres III à XIX réglementent respectivement les différents contrats, dont nous étudierons certaines particularités au cours de notre ouvrage.

Signalons, enfin, que les articles 951 et ss. que nous avons cités plus haut, et qui se trouvent dans le Tome II du Code Civil, présentent un grand intérêt au point de vue qui nous occupe, car ils servent de fondement à la théorie de l'ordre public et des bonnes mœurs que nous essayerons de construire dans notre travail. Ajoutons que nous aurons à faire allusion au livre premier du Code Civil, relatif à l'incapacité et à la tutelle.

L'art. 955 du Code Civil indique que les dispositions du Tome Premier du Code Civil sont applicables aux actes accomplis antérieurement. Une telle disposition ne pourrait s'expliquer dans une législation qui comporte des prescriptions nouvelles ; mais le Code Civil, comme nous l'avons déjà dit, a pour principale source les dispositions du droit chiite. Aussi, le Code Civil n'étant en principe que la codification des réglementations antérieures, il n'y a aucun inconvénient à ce qu'on lui donne un effet rétroactif.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Définition du contrat.

La partie II du Tome premier porte comme titre : « Contrats, conventions, obligations non-conventionnelles ». Cette rubrique est suivie du titre premier qui s'intitule : « Les contrats et les obligations d'une façon générale ». L'article 183 commence par donner la définition du contrat dans les termes suivants : « Le contrat consiste dans le fait qu'une ou plusieurs personnes s'obligent à quelque chose, à l'égard d'une ou plusieurs autres qui l'acceptent ».

Avant d'étudier l'interprétation de cet article et les observations qu'il peut occasionner, il nous semble indiqué de faire un aperçu historique de la définition donnée par les auteurs du droit chiite. Nous allons voir que cette définition a varié au cours de l'évolution du droit chiite. Ainsi, ce chapitre sera divisé en deux sections : dans une première section sera étudiée la définition du contrat en droit chiite, dans une seconde sera examinée la définition du contrat en droit iranien.

SECTION I. — DÉFINITION DU CONTRAT EN DROIT CHIITE.

§ 1. — *L'époque de la Révélation et de la compilation.*

Prenons l'époque de la Révélation et de la compilation ; il est indiscutable que le terme de « aghde » : contrats, em-

ployé dans le Coran et les Sunnates, envisageait le sens étymologique de ce mot, c'est-à-dire le lien qui attache deux personnes. Rien que de se rappeler le sens primitif du mot, qui est le nœud fait entre deux choses (1), suffit à démontrer cette évidence. C'est seulement après l'institution de « fegh » que « aghde » a été employé dans le sens consacré ultérieurement, à savoir les termes employés pour faire ce « rapport juridique ».

§ 2. — *L'époque du formalisme.*

Les auteurs du droit chiite n'ont pas donné de définition générale du contrat. Cependant, dans un livre, relativement récent (datant de la fin du XIX^e siècle), nous avons trouvé une définition qui se rapproche beaucoup de celle du contrat dans le Code Civil iranien. Sheik Mohamed Taghi, l'auteur d'un livre intitulé « Des contrats » (2), après avoir donné la définition étymologique du terme « aghde », qui veut dire d'après lui « le lien stable entre deux choses », nous décrit le contrat dans les termes suivants : le contrat chez les juristes, dit-il, consiste à créer des obligations conventionnelles entre deux ou plusieurs personnes. En dehors de cette définition, nous n'avons rien trouvé qui puisse se rapprocher d'une notion générale de contrat. Les auteurs ont l'habitude de donner des définitions à propos de chaque contrat particulier. Cependant, une discussion s'est engagée sur le point de savoir si le contrat consistait dans les termes même employés, ou, au contraire, s'il consisterait plutôt dans le lien qui attache les deux contractants (3).

(1) V. Sheikh Ali Baba, Ghavaed Fegh, p. 35.

(2) Sheikh Mohamed Taghi, Oghoude, p. 1.

(3) Mir Fatah, Ghavaed, p. 293.

Les auteurs de droit chiite distinguent deux sortes de noms : les noms des « mots », et les noms des « sens » (1), par exemple, le nom « impératif » ou « négatif » rentrent dans la première catégorie, car ils désignent la forme extérieure de ces noms ; tandis que l'eau ou le livre sont des noms des « sens », car ils déterminent la réalité même de l'eau ou du livre, la notion d'eau et de livre. On a appliqué cette distinction au terme de « aghde », on s'est demandé s'il désignait les paroles mêmes du contrat ou s'il visait la notion de contrat, qui n'est que le lien qui attache les deux contractants. Presque tous les auteurs formalistes dépeignent le contrat comme s'il s'agissait des mots employés dans les conventions.

Quelles sont les définitions données par les auteurs aux différents contrats particuliers ? En voici quelques-unes que nous avons trouvé dans les ouvrages de droit chiite : le contrat de vente dit « Mohaghegh » dans « Charayé » (2), est le *mot* qui désigne le transfert de propriété. D'après les auteurs, de Tanghih, Lommé, Dorous, Nafé, la vente consiste dans les termes de l'offre et de l'acceptation : « Idjab Ghaboul » (3). Nous ne sommes pas en mesure de donner une liste complète de tous les passages de différents ouvrages qui nous intéressent ; cependant, il est hors de doute que la grande majorité des auteurs formalistes cherchaient la notion de contrat dans les termes mêmes qui étaient employés. Cependant, il y a des auteurs qui ont fait rentrer le « aghde » dans le cadre des « noms de sens », c'est-à-dire qu'ils ont entendu par le contrat la réalité juridique, dont les paroles des contractants ne sont que la manifestation extérieure.

(1) « Esme lafz », « Esme mâni ».

(2) P. 98.

(3) Sheikh Morteza Ansari, Matadger, p. 79.

Parmi ces derniers, il y en a qui ont pris le contrat, par exemple la vente, dans le sens d'opération transférant un objet d'une personne à une autre : « naghle ». Il y en a, au contraire, d'autres qui l'ont envisagé dans son résultat, c'est-à-dire, une fois le transfert réalisé : « entéghale ». La différence est d'autant plus marquée en arabe que dans un cas, le verbe employé « naghle » est transitif, et dans l'autre, « entéghale » est intransitif.

Mohaghegh Karaki, Saheb Mostanad, Sheikh Ansari se rangent dans la première catégorie. Les auteurs de Târir, Tazkéré, Mabsout et Nahaya Tel Akham se classent dans la seconde (1).

La grande discussion que nous avons relatée plus haut sur la nature du contrat, n'était que la répercussion des idées théologiques qui existaient à l'époque. Parmi les théologiens, il y en avait qui disaient que les paroles du Coran remontaient à une époque aussi ancienne que Dieu lui-même, mais ils ajoutaient que, si la notion de la Révélation existait depuis l'Eternité, elle n'avait pris de forme extérieure que postérieurement. Nous ne voulons pas entrer dans le développement de cette idée pour ne pas dépasser le cadre de notre sujet. Retenons seulement que ces auteurs entendaient voir dans les différentes étapes qui précédaient un acte conscient, en dehors de l'évocation, la délibération, la décision, quelque chose, de nature psychologique, qui prenait le nom de « Tâlab » : exigence, dont l'acte accompli n'était que manifestation extérieure. Toutefois, cette étape d' « exigence », disaient-ils, resterait distincte de la *volonté même*, tandis qu'une doctrine différente : « Molâzélé » ne voyait rien d'autre que *la volonté*. D'après

(1) *Id.*, *op. cit.*, p. 80.

cette dernière, l'étape d' « exigence » n'était qu'artificielle, ainsi, de la période de la décision, elle passait directement à la manifestation extérieure, sans être à même de concevoir cette soi-disant étape intermédiaire.

Une telle discussion théologique eut sa répercussion dans le domaine de « fegh ». Dans les premiers siècles du droit musulman, étant donné que tout le monde ou presque, était adepte de la première thèse (1), les paroles extérieures n'étaient considérées que comme la manifestation de l'étape interne de l'exigence. Le contrat n'était ainsi que l'exigence elle-même. Mais peu après, la consécration de la seconde opinion aura nécessairement, un peu plus tard, pour effet de supprimer cette étape et de ne tenir compte que de la manifestation extérieure ; ainsi le contrat, avec une telle conception, ne serait que les paroles elles-mêmes en dehors de la réalité qu'elles représentent. Nous ne voulons pas insister plus longtemps sur cette question épineuse, cependant nous avons tenu à mettre en relief ces différentes opinions théologiques qui ont eu leurs répercussions dans le domaine du droit. Ceci, afin de préparer nos lecteurs à saisir le sens de cette littérature juridique dont nous aurons souvent l'occasion de traiter par la suite.

De tout ce que nous venons d'expliquer jusqu'à présent, nous pouvons conclure que, suivant les juriconsultes formalistes, le contrat n'était que *les termes* mêmes dont on se servait pour établir un rapport juridique. Ajoutons que c'est seulement par les termes de « vente », de « louage », etc., qu'on indiquait leur réalité juridique. Mais quand on précédait les termes de vente ou de louage de celui de « contrat », et qu'on disait « le contrat de vente » par

(1) Abbas Eghbal, Khandan Nobakhti, p. 43 et ss.

exemple, cette expression signifiait nécessairement les paroles employées. Toutefois, le caractère de causalité, comme nous allons le voir plus loin, était réservé aux paroles de contrats, et la réalité de ce dernier ne constituait qu'un simple effet.

Un tel changement de conception dans la définition du contrat ne pouvait être conforme aux principes de « ossoul » (1). En effet, dans le « ossoul », on fait une distinction entre le « sujet d'usage » : « Mozou Orfi », et le « sujet légal » : « Mozou Chari ». Le « sujet d'usage » est le terme qui est pris dans son sens étymologique ; le « sujet légal » est pris dans un sens technique, posé par le législateur : « char ». Dans le « ossoul » on est unanime à dire que les contrats doivent toujours être interprétés dans leur sens étymologique, tandis que la prière « salat » ou d'autres notions religieuses doivent être commentées dans le sens positif indiqué par le « chare ». Si on voulait suivre ce principe, le contrat : « aghde » devrait conserver son sens étymologique. Malheureusement, quand on arrive dans le « fegh », on voit que les auteurs ont abandonné cette notion pour prendre en considération le sens technique indiqué par les jurisconsultes. Cette contradiction entre le « ossoul » et le « fegh » constitue un illogisme intolérable, car les contrats consistant dans les actes faits par les hommes, avant même toute institution religieuse, c'est le sens donné par les hommes qu'il fallait continuer à respecter, et non pas la signification imposée par les jurisconsultes. Ajoutons que, même si le contrat restait un « sujet d'usage », s'il était pris dans son sens étymologique, les prescriptions du législateur l'envisageant, n'en constitueraient pas moins des « prescriptions légales ». En effet, le

caractère du « sujet d'usage » ne pourra dépouiller une « prescription » imposée de sa nature légale.

SECTION II. — DÉFINITION DU CONTRAT EN DROIT IRANIEEN.

Prenons la définition donnée par l'article 183 du Code Civil : « Le contrat consiste dans le fait qu'une ou plusieurs personnes s'obligent à quelque chose à l'égard d'une ou plusieurs autres qui l'acceptent » : cette définition donnée dans le Code Civil est inspirée, croyons-nous, de celle de l'art 1.101 du Code Civil français. « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Cependant, ces deux définitions, tout en ayant des traits communs, présentent les différences suivantes : 1° Le législateur français fait une distinction entre le contrat et la convention, tandis que cette discrimination n'a pas été retenue dans l'art. 183 du Code Civil iranien. Cependant, la rubrique qui le précède semble établir la même distinction en citant séparément les mots de « Oghoud », qui pourrait être traduit par « les contrats » et « Moamelat », qui serait « la convention ». Seulement, il est inexact de traduire ces deux expressions par les termes de « contrat » et de « convention », car les deux derniers n'ont pas les mêmes acceptions que les premiers. En effet, en droit français, on réserve parfois le nom de contrat aux conventions qui ont pour objet de faire naître ou de transmettre un droit ; droit de créance ou droit réel. Tandis que les conventions ne seraient que les accords de volontés destinés à modifier ou éteindre des droits comme la novation ou le paiement (1).

(1) Capit. Colin, Cours élém. du Droit Civil français, 1932, p. 9.

En droit chiite, l'expression de « aghde » visait les termes employés dans le contrat, et celle de « Moamelat » (1) visait le lien même qui unissait les contractants. Une telle distinction n'a pas été retenue par le législateur iranien, car « aghde » comme « Moamelat » ne seraient que des expressions différentes d'une même notion. Ainsi, si les termes de contrat et de convention présentent aujourd'hui même un intérêt de terminologie, l'expression de « Moamelat » à côté de « Aghde » manque de tout intérêt théorique et pratique. Signalons en passant que les deux codes emploient indifféremment l'une ou l'autre de ces expressions.

Nous venons de dire que le Code Civil n'a fait aucune distinction entre le contrat et la convention dans l'art. 183, cependant, il a employé dans l'art. 10 l'expression de « Gharardad », que l'on peut traduire par « convention ». L'expression de « Gharardad » ne veut pas dire convention au sens du Code Civil français : en effet, un examen du Code Civil iranien montre que ce dernier entend par « aghde » les contrats particuliers prévus dans le Code Civil, tandis qu'il comprend par « Gharardad » des contrats qui ne font pas l'objet d'une étude séparée dans le Code Civil. Cette distinction ne s'explique que par une raison historique : en droit chiite, d'après l'opinion générale-

(1) Cette expression visait plutôt les contrats économiques, d'ailleurs c'est le seul intérêt qu'on pourrait attribuer à la distinction faite entre celle-ci et « aghde ». Suivant cette conception, le terme de « Moamelat » ne comprendrait pas l'acte de mariage, qui ne poursuit aucun but économique.

On pourrait dire que le terme de « Moamelat » est plus large que celui de « Aghde », parce qu'il comprend non seulement les contrats, mais l'acte de partage, qui n'en est pas un.

Dans le domaine de la morale, on entend par « Moamelat » tous les actes autres que ceux accomplis en vue de remplir un devoir envers Dieu ; rentrent dans cette catégorie non seulement les contrats, mais encore nos actes quotidiens envers nous-mêmes et envers nos prochains : ainsi, faire sa toilette, inviter des amis à dîner, etc., constituent des « moamelat ».

ment répandue, le nombre des contrats cités par le législateur était conçu dans des termes limitatifs, ainsi un accord de volonté qui ne rentrait pas dans la catégorie prévue par le législateur, ne pouvait produire d'effet juridique (1). Le seul moyen de le rendre efficace était de lui donner la forme d'une clause accessoire à un contrat « nécessaire » : irrévocable, prévue dans le droit chiite. Ainsi, par ce subterfuge, on arrivait à obtenir la sanction légale.

Aujourd'hui, suivant l'art. 10, un tel acte possèdera tous les effets d'un contrat prévu par le Code, sans avoir besoin de se présenter sous la forme d'une clause accessoire à un contrat d'ailleurs souvent fictif.

De toutes ces explications il résulte que le terme de « *Gharardad* » doit être pris dans le sens que nous avons indiqué, il ne faut pas le confondre avec l'expression française de « convention ».

2° Tandis que le Code Civil français fait une distinction entre l'obligation de donner d'une part, et de faire ou de ne pas faire de l'autre, le législateur iranien se contente d'employer l'expression de : « s'obliger à quelque chose », qui est d'une portée générale. Cette formule du législateur iranien est plus rationnelle que celle du législateur français, car l'*obligation de donner* : le transfert de propriété, se réalisant de plein droit par l'effet même du contrat, la distinction du Code Civil français perd tout son intérêt. Signalons que l'art. 183 a le soin de dire que le contrat pourrait intervenir entre une ou plusieurs personnes.

Cette définition ressemble dans une certaine mesure à celle donnée par Sheikh Mohamed Taghi (2).

(1) Mir Fatah, Ghavaed, p. 293, et Sheikh Mohamed Taghi, *op. cit.*, p. 50.

(2) *Op. cit.*, p. 1.

Parmi les auteurs de droit iraniens qui ont écrit après la promulgation du Code Civil, nous pouvons citer le nom de M. Adle, qui a reproduit la définition donnée par le Code Civil français dans son ouvrage sur le droit civil iranien. Il a même reproduit l'expression de « donner », qui est, comme nous le disions, tout à fait superflue (1).

M. Mohamed Abdoh, dans un ouvrage intitulé « La décomposition d'un contrat en plusieurs » (2) définit le contrat dans les termes suivants : « Le contrat est un accord de volontés qui se forme entre les contractants, en vue de créer ou d'éteindre un droit ». Cette définition ressemble à celle donnée par M. Capitant (3) : « Le contrat ou convention est un accord de deux ou de plusieurs volontés en vue de produire des effets juridiques. En contractant, les parties peuvent avoir pour but soit de créer un rapport de droit, soit de modifier un rapport préexistant, soit enfin de l'éteindre ».

Cependant, elle s'en distingue en ce que M. Abdoh n'a pas cru nécessaire de retenir l'expression de « modifier », à côté de « créer » et d'« éteindre ». Ceci, croyons-nous, peut-être parce que, dans la pensée de l'auteur, « modifier » suppose forcément l'extinction d'un droit et la création d'un autre : ainsi, la modification pouvant être décomposée en une extinction et une création de droits, son indication lui a paru superflue.

M. Capitant a donné une autre définition du contrat qui nous paraît, sous réserves de l'expression de « modification », rationnelle (4) : « Le contrat est un accord de vo-

(1) *Op. cit.*, p. 103.

(2) P. 1.

(3) *Op. cit.*, p. 9.

(4) M. Capitant, *Cours de Droit Civil approfondi de Doctorat*, 1932-33, p. 9.

lontés par lequel deux ou un plus grand nombre de personnes établissent entre elles un rapport juridique et en déterminent les conditions et les effets, ou bien modifient ou éteignent un rapport juridique préexistant ».

A supposer que l'art. 183 exprime la même idée que celle indiquée dans la première partie de cette définition, il ne contient pas la seconde partie : déterminer les conditions et les effets. Mais il nous sera possible d'ajouter ce paragraphe à notre définition en tenant compte d'un grand principe de notre législation, le principe : « Les contrats dépendent des volontés ». En effet, dans une interprétation donnée à ce principe, il voudrait dire (1) : les contrats dépendent de la volonté en ce sens que ce sont seulement les conditions et les effets déterminés par les contractants qui pourraient se réaliser. Tout ce qu'on peut conclure de ce commentaire est que les contractants devraient avoir le droit de déterminer les conditions et les effets de leur acte, afin que l'on puisse être en présence du contrat indiqué par cette interprétation. Ainsi on peut introduire cette idée dans la définition de notre Code Civil, en y ajoutant un second paragraphe, dans le sens que nous allons signaler. Après avoir ainsi complété l'art. 183 du Code Civil par la conception même de notre législation, il nous restera à indiquer une autre lacune de la définition donnée par le Code : l'expression de « quelque chose » est très large ; elle comprend à la fois les rapports juridiques et les rapports mondains (2). Ainsi, quand A invite B à faire une promenade en voiture, il n'y a pas de contrat entre eux, car il n'y a pas de rapport juridique permettant de réclamer l'exécution de la

(1) V. Sheikh M. Taghi, *op. cit.*, p. 48.

(2) Cela constitue un « Moamélat » dans le sens que lui confère la morale.

promesse. Pourtant, l'art. 183 étant d'une portée assez large, s'appliquant aussi bien aux rapports mondains qu'aux rapports juridiques, comprend cette hypothèse. Il vaudrait donc mieux remplacer l'expression « quelque chose » par le terme « rapport juridique », pour donner plus de précision à notre définition.

Signalons en passant qu'au cas d'une réforme du Code Civil iranien, il faudrait, croyons-nous, tenir compte de la définition donnée par le projet de Code des obligations franco-italien, qui est conçu dans les termes suivants (1) : « Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs personnes pour créer, modifier, ou éteindre un rapport juridique », sous réserve de l'expression « modifier », qui, d'après M. Abdoh, ne serait pas à reproduire.

Signalons que la rubrique Titre Premier de la Seconde partie du Code Civil est intitulée « Les contrats et les obligations d'une façon générale ». Le terme « obligations » vise ici des obligations conventionnelles, si on tient compte du fait que cette partie du Code a été consacrée à régler la matière du contrat, et que les obligations non-conventionnelles font partie du Titre II du Code Civil. Cependant, M. Adle a interprété le mot « Taâhod » dans le même sens que celui donné à l'expression française d'« obligation ». Le Code Civil n'a pas défini directement le mot « Taâhod » : obligations ; l'art. 183, en définissant le contrat, ne nous a pas indiqué quels peuvent être les différents objets de l'obligation (2). Cependant, M. Adle, s'inspirant du droit civil français en donne la définition sui-

(1) Projet du Code des Obligations, texte définitif approuvé à Paris, oct. 1927, Rome, 1928, p. 168.

(2) Sous réserve de l'article 214 qui indique quels peuvent être les objets de contrat.

vante : « Taâhod », dit-il, est le lien entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles s'engage à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » (1). La cause de l'obligation peut être, ajoute-t-il, conventionnelle ou non-conventionnelle, dans ce cas « Taâhod » prend le nom de « Elzam ». Ainsi M. Adle, en ajoutant la notion de « Elzam », a fini par éviter malgré tout d'étendre le terme de « Taâhod » aux obligations non-conventionnelles, pour se mettre d'accord, avec l'intitulé, dans lequel « Taâhod » suivant le terme du contrat, vise probablement les obligations conventionnelles.

Nous ne pouvons pas nous rallier à l'opinion de M. Adle, qui dit : « Elzam » n'est qu'une espèce de « Taâhod », visant les obligations non-conventionnelles. Car « Elzam » est la source des obligations, d'après son sens étymologique, et non pas l'obligation elle-même. Ainsi, au point de vue doctrinal, il faut réserver le terme de « Elzam » à exprimer la source des obligations non-conventionnelles, parallèlement au terme du « contrat » : « aghde », qui indique la source des obligations conventionnelles, et étendre le terme de l'obligation : « Taâhod » aux obligations non-conventionnelles. Ajoutons qu'une telle terminologie, quoique rationnelle au point de vue doctrinal, n'est pas conforme à l'esprit du Code Civil iranien, en vertu duquel le terme de « Taâhod » vise seulement les obligations conventionnelles.

« Zémé », dit Chamsédin Mohammad (2), est une notion qui est présumée se trouver dans la personne d'un majeur de nature à la rendre capable de s'engager d'une façon

(1) *Id.*, *op. cit.*, p. 103.

(2) Ghavaed, p. 252.

volontaire ou involontaire. Cette définition se rapproche de la notion de la personnalité juridique. Il faut donc éviter de traduire le terme de « Zémé » par le mot « obligation », comme cela s'est produit chez plusieurs auteurs ; car le premier envisage l'état d'une personne, tandis que l'« obligation » vise le lien juridique entre deux personnes.

Ajoutons que le terme « Zémé » est encore d'une portée plus large que la personnalité juridique, car il comprend l'état d'une personne capable de s'engager non seulement au point de vue des obligations juridiques, mais encore à celui des obligations religieuses.

CHAPITRE II

Le domaine du contrat.

SECTION I. — L'ACTE UNILATÉRAL.

Comme nous allons nous cantonner dans le domaine du contrat, il faut bien délimiter son cadre. Nous avons vu que d'après les définitions données, il nous faudra l'accord, au moins de deux volontés, pour la formation d'un contrat. Cette condition suffit à exclure de notre étude l'acte unilatéral, par lequel une obligation peut se créer par l'intervention d'une seule volonté. Pourtant il faudra donner quelques indications sommaires à ce sujet, afin de mieux délimiter le terrain de notre étude (1).

La législation chiite reconnaît des obligations issues d'une manifestation unilatérale de volonté. Nous en avons des applications nombreuses, qui ressemblent beaucoup à celles qui se trouvaient déjà en droit romain : La promesse de récompense, le votum et la pollicitatio en faveur de la divinité ou d'un tiers. Le Code Civil iranien n'a pas consacré de chapitre spécial à « Ighaâte » (2) : acte unilatéral. Il n'en a même pas parlé dans la partie relative aux obligations. Cependant, on y trouve des actes juridiques, qui étaient rangés au moins suivant l'opinion de la majorité des auteurs, dans la catégorie des actes unilatéraux, mais qui,

(1) Nous aurons l'occasion d'en parler encore dans la III^e partie, à propos de l'efficacité de la volonté.

(2) La loi de Tir 1308 (1929) sur le témoignage, parle à la fois du « contrat » et de « l'acte unilatéral ».

aujourd'hui, sont classés parmi les contrats dans lesquels l'intervention de deux volontés est nécessaire.

Prenons l'exemple de « Djoalé » : « promesse de récompense », qui fait l'objet de l'art. 561 et suivants du Code Civil :

« La promesse de récompense est l'engagement pris par quelqu'un à donner une rétribution déterminée en échange de l'accomplissement d'un acte, que la partie au profit de laquelle il a été pris, ait été déterminée ou non déterminée. »

Avant de passer aux arguments susceptibles d'établir la nature juridique de « Djoalé », posons-nous une question : Pourquoi le législateur iranien n'a-t-il pas attribué à « Djoalé » sa nature propre ? Ceci, croyons-nous, pour la raison très simple qu'une seule volonté, d'après sa conception, ne suffit pas à engager son auteur.

Pourquoi le législateur chiite, au moins la majorité de la doctrine, lui conférerait-il son caractère propre ? Ceci parce que, étant donnée la conception contractuelle chiite, la volonté ne jouait qu'un rôle secondaire, c'est dans les termes employés qu'il allait chercher la cause créatrice des droits, si bien que le prononcé d'une parole aussi bien que de deux, pouvait valablement créer une obligation. Avec le Code Civil, la conception contractuelle va changer. Actuellement, c'est la volonté réelle qui occupe une place prépondérante. Avec un tel point de départ, les rédacteurs du Code se sont demandés s'il est possible de parler des obligations ayant pris naissance à la suite d'une seule manifestation de volonté. C'est à la solution négative qu'ils se sont arrêtés, car ils ne font aucune allusion à « Ighaâte », acte unilatéral.

Le contrat de « aghde » et « nâzr », qui ne sont que les « votum » et « pollicitatio » romains, ne sont pas prévus

dans le Code Civil iranien, car ces contrats ayant essentiellement un caractère religieux, ne pouvaient trouver leur place dans un code en principe laïc.

Reprenons l'acte de « Djoalé » afin d'examiner sa nature juridique propre ; les auteurs de droit iraniens ne sont pas d'accord sur ce point ; « Djoalé », dit M. Adle, est un contrat ; car une fois l'offre faite, au cas où l'autre partie n'est pas déterminée, deux hypothèses peuvent être envisagées : ou bien, il y aura quelqu'un pour accomplir l'acte proposé, et alors ce dernier procède à l'acceptation, en accomplissant l'acte sujet de la récompense ; ou bien il ne se trouve personne pour accepter la proposition, et alors l'acte de l'offrant sera considéré comme non avenu. Cependant, l'auteur n'a pas osé (1) affirmer catégoriquement cette opinion ; il a hésité un peu plus loin, car, ajoute-t-il, le Code n'a pas employé le terme de contrat au sujet de « Djoalé » dans la définition donnée dans l'art. 561.

M. Abdoh a cru pouvoir se rallier à l'opinion contraire, en donnant les arguments suivants : 1° S'il est vrai que « Djoalé » a été classé parmi les autres contrats, il faut constater aussi que le législateur ne fait aucune mention du terme de contrat, dans la définition qu'il en donne.

La volonté de l'offrant, ajoute-t-il, dans le « Djoalé », a pour effet de créer un lien de causalité entre l'acte proposé et la nécessité d'une contre-prestation ; de telle sorte qu'avant la formation de ce lien de causalité, l'accomplissement du même acte ne crée aucun droit au profit de celui qui l'aurait accompli, tandis qu'après la déclaration de volonté de l'offrant, ce lien ayant été établi, cet accomplissement suffit à faire bénéficier l'auteur de l'acte. Cependant, il ne

(1) *Id.*, *op. cit.*, p. 341.

faut pas faire confusion entre la cause et le lien de causalité : c'est seulement ce dernier qui se forme par la déclaration de la volonté de l'offrant, alors que la cause doit être cherchée dans l'accomplissement même de l'acte.

2° Les auteurs sont d'accord pour dire que celui qui aurait accompli l'acte proposé, ignorant l'offre faite par l'offrant, aurait quand même le droit de bénéficier de la contre-prestation. Une telle solution ne saurait être justifiée si nous étions en présence d'un contrat.

3° Si celui qui commence à accomplir l'acte proposé au moment de la déclaration de l'offrant, l'avait abandonné postérieurement, il pourrait toujours le reprendre en accomplissant l'acte délaissé. Ainsi l'offre de l'offrant ne perd pas son efficacité par rapport à l'autre partie, par le simple fait de son abandon. Une telle solution ne saurait se justifier si nous étions en présence d'un contrat, car, dans ce domaine, le refus postérieur à l'offre enlèverait toute efficacité à cette dernière, et une acceptation valable ne pourrait intervenir sans l'existence d'une offre nouvelle (1).

Il y a encore d'autres actes prévus par le Code Civil, sur la nature desquels on pourrait hésiter. Ainsi, « wafkf Am » qui consiste à frapper d'inaliénabilité une chose, en laissant aliénables les fruits au profit de personnes indéterminées (2), pourrait être considéré comme un acte unilatéral, quoique, en vertu de l'art. 56, « wafkf » est constitué par l'offre du fondateur et l'acceptation du juge, si les bénéficiaires ne sont pas déterminés.

Le texte de l'art. 55 révèle manifestement son caractère d'acte unilatéral. Le « wafkf », dit le Code, consiste à

(1) Abdoh, *Cours de Droit Civil*, 1935-36, Faculté de Droit de Téhéran.

(2) *Id.*, *op. cit.*, p. 53.

frapper d'inaliénabilité une chose, en en laissant les fruits aliénables ».

Cet article, en définissant cette institution, n'envisage pas l'acceptation des bénéficiaires de la fondation.

La même observation est possible en ce qui concerne l'acte instituant l'exécuteur testamentaire : art. 826 (1). L'art. 825 fait une distinction entre les dispositions testamentaires opérant le transfert de la propriété et celles qui désignent les exécuteurs testamentaires. Si, pour la première catégorie, il faut nécessairement l'acceptation des légataires, celle-ci n'est pas indispensable quand il s'agit d'instituer l'exécuteur testamentaire. L'art. 834 du Code Civil, disant que l'acceptation ne fait pas partie des conditions de formation du testament, a exclu ainsi le caractère contractuel de « Wassiat ahdi », et a conclu à sa nature d'acte unilatéral (2).

Nous venons de faire les observations qui nous ont parues nécessaires pour déterminer l'élément : « accord de deux volontés », contenu dans la définition du contrat.

SECTION II. — LA NATURE JURIDIQUE DU MARIAGE ET DES FIANÇAILLES.

Nous avons vu qu'on pouvait, en se fondant sur l'adage « les contrats dépendent des volontés », ajouter un autre paragraphe à la définition donnée par le Code Civil (3).

A supposer que le contrat soit défini en tenant compte de

(1) Wassiat Ahdi : « ... Consiste dans la disposition par laquelle une personne en désigne une ou plusieurs autres en vue de l'exécution d'un ou plusieurs actes... »

(2) L'article 834 du Code Civil iranien : « L'acceptation n'est pas nécessaire dans le Wassiat Ahdi » (disposition désignant l'exécuteur testamentaire).

(3) V. 1^{re} partie, section II, p. 40 et ss.

cette dernière idée, on a le droit de se demander si l'acte de mariage rentre dans la notion du contrat, où s'il forme un statut légal. Nous allons étudier successivement l'état du problème en droit musulman, la solution adoptée par le Code Civil et l'opinion de M. Amiriam, dans une conférence qu'il a prononcée à l'Institut de Droit Comparé.

1° La question de savoir si le mariage est un contrat ou un statut légal n'a jamais été discutée dans les livres de « fegh ». Aux yeux des auteurs chiites, le mariage est un contrat comme un autre, pour la validité duquel il faut l'intervention des termes sacramentels. Cette solution s'explique très bien par la conception qu'ils se font du contrat ; car, en général, ce dernier ne comporte que les simples formules de l'offre et de l'acceptation, ce qui existe aussi bien dans le mariage, que dans les autres conventions. Elle s'explique aussi au point de vue historique ; en effet, le « Nekah » : mariage, est né des règles empruntées au mariage pratiqué avant l'Islam : le mariage patriarcal, connu de la presque-unanimité des peuples antiques ; ce mariage patriarcal était pratiqué aussi bien en Iran qu'en Arabie. Suivant ce régime, l'époux devait remettre aux parents de la jeune fille une certaine somme en argent ou certains objets de nature équivalente (1). Ce caractère contractuel du mariage a été conservé en droit chiite, cependant, cette somme d'argent ou l'objet d'une valeur équivalente, doit être remis à l'épouse au lieu d'être livré au père. Il est indiscutable que le législateur chiite voulut dépouiller l'acte du mariage de ce qui caractérisait un contrat à titre onéreux. Les auteurs du droit chiite ont suivi cette tendance, ils ont évité de donner la dénomination de « Moamélat » : le contrat économique, à

(1) Hosseini, *Le statut de la femme mariée en droit chiite*, p. 19.

« Nékah » ; ils ont évoqué le même caractère « méritoire » (1) du mariage, afin de mettre son caractère social en relief. Cependant, on ne peut prétendre que le mariage soit du domaine du statut légal.

2° *En droit iranien.* — Le Code Civil iranien a suivi dans une large mesure les dispositions du droit chiite. Ainsi, il est difficile de soutenir qu'il rentre dans les cadres du statut légal. D'ailleurs, loin de posséder le caractère de stabilité nécessaire à ce dernier, il manque de l'irrévocabilité ordinaire des contrats du droit civil, car le mari peut détruire l'édifice du mariage.

Si nous nous bornons à admettre la conception du contrat d'après le Code Civil, il ne reste aucun doute sur le caractère contractuel du mariage. L'art. 183 est trop large pour ne pas comprendre le cas du mariage. D'ailleurs, le terme de contrat : « aghde », est fréquemment employé dans le chapitre consacré au mariage. Cependant, avec la définition que nous avons proposée dans la 1^{re} partie, section II, le mariage ne sera pas considéré comme un contrat, car les parties n'ont pas le droit d'établir les règles du mariage comme elles le veulent ; elles sont obligées de se conformer aux dispositions légales. Il est vrai que le législateur introduit en l'espèce les règles relatives à la volonté, mais il faut seulement l'accord des deux volontés pour que les parties entrent dans l'édifice déjà préparé du mariage : c'est la loi elle-même qui règlera cette institution au point de vue de ses effets. En outre, on ne peut introduire la condition résolutoire comme on pouvait le faire en matière de

(1) Les actes « méritoires » sont des actes recommandés par le législateur chiite.

contrat ; ainsi, d'après l'art. 1.069, la clause résolutoire est nulle dans le contrat de mariage.

Il est indiscutable que le législateur iranien a eu l'intention d'assurer dans une certaine mesure la stabilité du mariage. D'après l'art. 1.081, la clause donnant la faculté de résiliation dans le cas de non-paiement de douaire, en un délai déterminé, est nulle, mais le mariage et le douaire restent valables. Il est aussi bien certain que le législateur est sur le chemin de reconnaître le caractère d'ordre public du mariage ; rien que l'introduction des dispositions pénales afin d'assurer son caractère social, et l'organisation d'un tribunal spécial pour punir ceux qui portent atteinte aux dispositions législatives qui le concernent, sont des preuves certaines de la volonté du législateur iranien, d'accentuer de plus en plus son caractère d'ordre public. Il faut remarquer que de telles dispositions ne se trouvent pas dans le domaine des autres contrats. Pourquoi cette différence, si ce n'est la tendance légitime du législateur à fortifier de plus en plus le caractère de statut légal du mariage ?

3° L'opinion de M. Amirian.

En ce qui concerne le mariage, dit-il, le Code change de conception juridique selon qu'il traite tel ou tel aspect de l'union conjugale. S'agit-il de sa formation, le mariage est un contrat purement civil et consensuel, soumis en principe aux règles admises en matière contractuelle : aucune formalité n'est exigée, ni l'intervention de l'officier d'état civil, ni même la présence de témoins. Toutefois, la loi de 1932 exige l'enregistrement de l'acte de mariage dans les 20 jours après sa conclusion, sur le registre tenu sous la direction du Ministère de la Justice dans le ressort des tribunaux de première instance. Mais le défaut d'enregis-

trement n'entache en rien la validité du mariage, et n'entraîne que des sanctions d'ordre pénal.

S'agit-il de ses effets ? dit-il, le mariage est considéré comme une institution d'ordre public : il donne naissance entre les deux époux, ainsi qu'entre ceux-ci et leurs enfants, à des droits et obligations réciproques et d'ordre impératif. Quant à sa dissolution, le mariage demeure comme dans la conception islamique, une union libre (1).

Cette distinction faite par M. Amirian nous paraît ingénieuse, mais seulement, ou bien le mariage est un contrat, ou il n'en est pas un. Faire une distinction suivant les différentes étapes qui le concernent ne nous semble pas rationnel. D'ailleurs, comme nous l'avons déjà laissé voir, tout dépend de la définition qu'on donne du contrat. Si on prend comme définition celle de l'art. 183, il n'y a aucune raison pour que l'acte de mariage ne rentre pas dans le domaine du contrat ; si on y ajoute le paragraphe inspiré par celle que M. Capitant a donnée dans son « Cours de Doctorat » (2), l'acte de mariage sera considéré comme statut légal.

Nature juridique des fiançailles.

L'art. 1.035 est conçu dans les termes suivants : « La promesse de mariage ne crée aucun lien entre les fiancés, même si une partie du douaire a déjà été payée. Ainsi, chacune des parties sera en mesure de refuser de se marier, l'autre ne pourra le lui imposer ou exiger une indemnité du seul fait du refus ». Cependant, l'art. 1.036 ajoute : « Si l'un des fiancés rompt sa promesse sans qu'il y ait

(1) M. Amirian, Conférence prononcée à l'Institut de Droit Comparé.

(2) V. plus haut, pp. 40 et ss.

aucune raison plausible et que cette rupture cause un préjudice à l'autre partie ou à ses parents ou à des tiers comptant sur les fiançailles, cette dernière sera obligée de payer des dommages-intérêts ; ces dommages-intérêts ne pourront dépasser les frais normaux occasionnés ».

La solution de l'art. 1.035 est tout à fait logique. Une promesse qui ne constitue pas un rapport juridique aux yeux de la loi, ne doit pas produire d'effet juridique, si l'un des promettants rompt sa promesse. L'art. 1.136 est aussi équitable, car il ne faut pas que quelqu'un subisse un préjudice par suite d'un acte conclu à la légère. Seulement, la solution de l'art. 1.036 suscite une observation, car si aucun lien n'existe aux yeux du législateur, comment pourrait-on invoquer la même situation juridique pour réclamer des dommages-intérêts ? On peut facilement réfuter cette critique : la légèreté, l'imprudence du promettant crée à sa charge une faute de nature à justifier le paiement d'une indemnité, ceci abstraction faite des liens de fiançailles.

Remarque : il y a surtout, d'après l'art. 194 du Code Civil, des contrats « nécessaires » et des contrats « non-nécessaires ». Le contrat « nécessaire » est celui qu'aucune des parties contractantes n'a le droit de résilier, sauf dans les cas déterminés. L'art. 186 nous donne la définition du contrat « non-nécessaire », qui consiste en ce que chacune des parties peut le résilier quand elle le désire, par exemple, le mandat. Il faut noter qu'une telle conception n'est pas celle du Coran, car ce dernier envisage seulement les contrats nécessaires, ceci parce que « Aghde » étant pris dans sa signification étymologique, à savoir, le lien obligatoire, ne peut comprendre les contrats non-nécessaires, dont le lien peut être facilement rompu. Ainsi, ce qu'on

appelle aujourd'hui « Oghoud eznié », c'est-à-dire « ceux dans lesquels le lien peut être résilié par la volonté d'un seul contractant », n'ayant pas été de nature à créer un lien solide, ne rentre pas dans le domaine du contrat, si on veut tenir compte de la conception du Coran (1).

(1) Shetkh Ali Baba, *op. cit.*, p. 35.

CHAPITRE III

Eléments constitutifs de la formation du contrat ; élément psychologique et élément matériel.

L'art. 190 énumère les conditions essentielles de la validité du contrat. Ces conditions sont au nombre de quatre : 1° La volonté des parties et leur consentement ; 2° La capacité des contractants ; 3° Un objet déterminé faisant l'objet du contrat ; 4° La licéité du motif du contrat.

Comme nous allons voir, ces quatre conditions peuvent assez facilement être rattachées à la volonté et former ainsi l'élément psychologique des obligations contractuelles.

On a essayé de distinguer le consentement de la volonté, mais nous verrons plus loin que le consentement fait partie intégrante de la volonté. Quant à la capacité de contracter, on peut dire qu'en général, elle suppose un certain développement intellectuel. L'âge de la majorité indique, par exemple, l'époque à partir de laquelle l'individu pourra exprimer, avec la plus grande vraisemblance, ce qu'il veut ou ce qu'il ne veut pas.

Quant à l'objet (1), quoiqu'il paraisse former un élément matériel du contrat, à côté de la personne même des parties contractantes, en vérité, au sens juridique du mot, c'est l'opération en vue de laquelle le contrat a été conclu, par exemple, créer, modifier, transmettre un droit. Ainsi, un

(1) Voir l'article 214.

contrat sans objet, ce serait une volonté sans contenu, et par suite, la négation de toute véritable volonté. D'ailleurs, dans une seconde interprétation donnée à l'adage : « Les contrats dépendent des volontés », les premiers dépendent des dernières, non seulement au point de vue du principe même de l'engagement, mais au point de vue de l'objet du contrat, et des personnes des contractants. Il est aussi vrai de dire que le contrat ne peut se former s'il n'y a pas la volonté de s'engager, que de dire : il ne sera pas formé s'il n'y a pas un objet sur lequel porte le principe de l'engagement.

Quant au motif licite : on entend par le motif, comme nous allons le voir plus loin, le but extérieur à l'acte qui entre quand même dans la délibération du sujet avec lui-même. Ce but exerce sur la volonté une grande influence, c'est pourquoi il rentre aussi dans l'élément psychologique des obligations.

Dans le Code Civil français, à côté des conditions que nous venons d'énumérer, on trouve la nécessité d'une cause licite (1). Le législateur iranien ne considère pas la cause comme un élément distinct de la volonté, car à la différence de l'objet, la capacité et le motif licite qui peuvent se séparer de la volonté tout en se rattachant à elle, la cause telle qu'elle est comprise par certains auteurs français (2), fait corps avec la volonté, au point de ne pouvoir en être séparée, si ce n'est par l'effort d'une abstraction. Ainsi, quand j'assume l'obligation de payer mon loyer, cette idée

(1) La condition du motif licite ne s'y trouve pas. Dans l'art. 1.108, le législateur français a indiqué quatre conditions pour la formation d'un contrat : le consentement des parties, l'objet du contrat, la cause licite et la capacité. V. Capitant, op. cit., p. 22 et ss.

(2) Capitant, *De la cause des obligations*, III^e éd., 1930.

de l'engagement fait corps avec mon but de jouissance de l'objet, au point de ne pouvoir être séparée de ma volonté de m'engager.

Ces quelques précisions nous permettent de délimiter le cadre de notre étude, c'est-à-dire, le domaine de l'élément psychologique du contrat.

DEUXIÈME PARTIE

Evolution de la conception contractuelle en droit iranien.

CHAPITRE PREMIER

Conception primitive des contrats en droit chiite.

La conception primitive des contrats en droit chiite résulte de l'adage bien connu : « Les contrats dépendent des volontés ».

Ainsi le législateur musulman fondait la notion de contrat sur la volonté même des contractants. Cet adage, qui ne fait que reprendre l'affirmation d'un verset du Coran : « Ne mangez pas vos biens d'une façon irrégulière, sauf lorsqu'il y a une convention résultant d'un consentement », a provoqué différents commentaires, mais tous n'expriment que la même idée, à savoir qu'il faut tenir compte de la volonté des parties, tant au point de vue de la formation du contrat, qu'à celui de ses effets. Malheureusement, l'introduction du formalisme verbal avait relégué cet adage dans l'ombre, sinon au point de vue doctrinal, au moins au point de vue de ses effets pratiques. Cependant, il a trouvé sa consécration dans le Code Civil iranien. C'est pourquoi nous allons étudier cette règle d'une façon approfondie, afin de mettre en lumière aussi bien ses sources, que les commentaires dont elle a fait l'objet.

Avant de passer à l'étude de l'adage, nous avons à faire

une remarque personnelle : on peut se demander comment dans une législation relativement primitive, on rencontre une règle qui n'a été consacrée dans d'autres législations qu'après un temps assez considérable.

On peut en donner deux explications différentes :

1° L'explication fondée sur des considérations religieuses. Le droit chiite, possédant un caractère nettement religieux et moral, avait été influencé par des principes de théologie. Cette influence s'exerçait d'autant plus facilement que la distinction entre « fegh » : la science du droit, et la théologie, n'avait pas été établie dès les premiers temps de l'Islam. Ainsi, on ne doit pas être surpris de constater que la science de « fegh » est imprégnée par des préceptes de théologie, entre autres, celui qui contient la consécration de l'idée de la croyance : ce qui trouve sa place dans l'homme et qui résulte de sa conscience et de sa volonté. C'est à la suite de cette confusion entre la science de « fegh », qui s'occupait des réalités extérieures (1), et la théologie, qui traitait des réalités intérieures, que les principes de cette dernière (2) avaient passé dans la première. Ainsi, l'adage en question n'est, dans le domaine du contrat, que le parallèle de l'adage : « Les actes suivent les volontés », dans le domaine des actes religieux, et de celui du principe de la foi dans le cadre de la théologie, consacré par le verset suivant du Coran :

« Dieu ne vous demande pas compte de vos serments inconscients, il vous demande compte de ceux que vous avez accueillis sciemment en votre cœur ».

(1) Le « fegh » traite de tout acte extérieur : tradition d'un objet, ablutions, bref, tous les actes poursuivant des buts terrestres ou extra-terrestres.

(2) « Elmé Kalam » : c'est le nom qu'on donne à la théologie.

(3) Souré Bagharé, Djozvé II.

2° Suivant une théorie soutenue par certains auteurs, le droit musulman aurait été inspiré par le droit romain qui, à l'époque des débuts de l'Islam (viii^e siècle de l'ère chrétienne), était très répandu dans les pays limitrophes du royaume musulman. Dès lors, la notion de consensualisme, ayant possédé une large place dans le droit romain, s'était introduite en droit musulman. Ainsi la règle établie par l'adage en question se justifierait par une explication historique. Ajoutons que ces deux explications ne sont pas inconciliables, loin de là : l'idée théologique a pu faciliter l'assimilation du principe romain.

Nous allons maintenant étudier la règle établie par l'adage : « Les contrats dépendent des volontés ». Nous examinerons successivement les commentaires dont il a fait l'objet et ses sources.

SECTION I. — L'ADAGE FONDAMENTAL ET SES COMMENTAIRES.

Certains auteurs l'ont commenté de la façon suivante : le principe posé par cet adage, disent-ils, doit être entendu dans ce sens que, sans une volonté concomitante de contracter, aucun acte ne pourrait se produire. Ainsi le contrat dépend de la volonté au point de vue de l'engagement pris par le contractant.

En interprétant l'adage d'après ce premier commentaire, à savoir la nécessité de la volonté de conclure un contrat, on peut se demander si cette volonté doit survivre à l'offre de contracter jusqu'au moment de l'acceptation de l'autre partie contractante ; ou si le simple fait de son existence au moment de l'offre, suffit à la validité du contrat. Cette question présente un intérêt pratique dans le cas où l'offrant oublie son offre après l'avoir faite. Une telle volonté serait-

elle de nature à assurer la validité du contrat, ou faut-il conclure à son inefficacité, du fait qu'elle n'a pas survécu jusqu'au moment de l'acceptation de l'autre partie ? Les deux thèses ont été soutenues ; les derniers auteurs de droit chiite se sont ralliés à la seconde opinion, c'est-à-dire à la nécessité d'être en présence d'une volonté qui existera jusqu'à l'acceptation de l'autre partie contractante ; mais l'explication donnée pour justifier l'autre solution préconisée est intéressante à étudier, car elle montre le sens de l'évolution du contrat en droit chiite. Ces auteurs ont recours à la conception « postérieure » du contrat, à savoir les paroles mêmes de l'offre et de l'acceptation, pour justifier leur opinion. D'après eux, le contrat se composant des paroles mêmes de l'offre et de l'acceptation, il est naturel que la volonté nécessaire à l'offrant se porte non seulement sur la parole de l'offre prononcée par lui, mais sur celle émanée de l'acceptant. Ainsi, se trace une nouvelle conception du contrat, que nous allons examiner en détail dans le chapitre suivant.

Le second commentaire « Le contrat dépend de la volonté » se place non seulement au point de vue de l'engagement lui-même, mais encore au point de vue des éléments et des effets principaux du contrat. Ainsi, l'objet, les parties contractantes, devront aussi bien faire partie de la volonté, que l'engagement même. Il n'est pas d'engagement valable, si on s'oblige au principe même de la vente, tout en se réservant le droit de déterminer son objet après la conclusion du contrat.

Ces auteurs poussaient la force de la volonté jusqu'à dire qu'il n'y avait de contrat si les effets principaux faisant partie de sa nature même, ne constituaient pas l'objet de la volonté des contractants. Il est facile de justifier la nécessité de l'existence de la volonté se portant sur les élé-

ments essentiels du contrat, car, sans cela, aucun lien juridique n'ayant été formé, on ne pourra parler d'un contrat dans le sens indiqué dans la première partie de notre ouvrage.

Ainsi, l'objet du contrat devait être déterminé au moment de sa conclusion, une détermination postérieure ne pouvait valider l'acte déjà effectué, ceci parce que l'acte en question n'avait pas la vertu de créer un lien juridique. Cependant, la détermination de l'objet du contrat variait suivant les différents contrats. Une détermination *in genere* de l'objet de la vente était suffisante quand ce dernier existait à de nombreux exemplaires, c'est-à-dire quand on se trouvait en présence d'une chose *in genere*. En ce qui concerne les effets de l'acte, qui devaient faire nécessairement l'objet de la volonté, une question se posait : est-il exact de dire que le contrat dépend de la volonté dans ce sens qu'aucun effet juridique ne se produira s'il n'a pas fait partie de la volonté des contractants ? Pourrait-on prétendre, par exemple, que la garantie d'éviction ne s'applique pas du fait qu'elle ne fait pas partie de la volonté du vendeur ? Une telle interprétation serait exagérée. A l'appui de cette thèse on peut invoquer les arguments suivants : A) « Edjma » : l'unanimité des compagnons du Prophète à ne pas donner crédit à une telle prétention. B) La « raison humaine » fait une distinction entre les effets faisant partie de l'essence du contrat, et ceux qui ne lui sont attribués que par le législateur.

Les premiers, faisant partie de l'essence même du contrat, doivent naturellement exister au moment de sa conclusion : comme le transfert de propriété dans la vente. Tandis que les seconds ne naîtront qu'après la conclusion du contrat par la législation positive. Ainsi nous compre-

nous pourquoi les premiers effets doivent faire partie de la volonté, tandis que les seconds ne doivent pas nécessairement être pris en considération par les contractants. Il est vrai que ces derniers peuvent aussi bien faire l'objet de la volonté, mais leur force obligatoire se rapporte à la souveraineté du législateur, sans qu'elle ait besoin d'invoquer le consentement des parties. L'usage est de ne pas considérer les effets du contrat au moment de sa conclusion. Ceci à cause de l'impossibilité matérielle dans laquelle se trouvent les contractants de connaître tous les effets juridiques du contrat. Les jurisconsultes musulmans eux-mêmes ne peuvent jamais prétendre connaître toutes les conséquences que la conclusion d'un acte pourrait entraîner. Comment pouvons-nous exiger une telle connaissance de la part de profanes ? Le législateur musulman attribue des effets juridiques aux contrats, sans qu'il ait eu l'idée de suspendre l'application de leurs effets, à la condition qu'ils feraient l'objet de la volonté des parties (1).

SECTION II. — LES SOURCES DE L'ADAGE.

Nous allons successivement étudier les sources de cet adage, suivant qu'on adopte la première ou la seconde de ces interprétations. Nous verrons que les sources sont les mêmes, avec cette différence que dans le dernier cas il faudra étendre le domaine de nos explications.

Les sources de l'adage suivant le premier commentaire.

A) D'après certains auteurs, les sources de l'adage doivent être recherchées dans les paroles unanimes des compagnons du Prophète, qui disaient qu'on ne pouvait don-

(1) Mir Fatah, Ghavaed, p. 190 et ss.

ner aucun effet à des actes extérieurs, manifestés sans aucune volonté. Ainsi l'unanimité des compagnons reconnaissait l'importance que le Prophète décernait à l'élément de la volonté.

B) « Assle Awali » : principe premier, en vertu duquel on prescrit l'effet obligatoire des contrats, se trouverait dans le verset du Coran qui dit : « Exécutez vos contrats ». Tous les auteurs reconnaissent qu'il faut entendre par le terme « contrat », indiqué dans le Coran, sa signification ordinaire (1), à savoir, le lien qui attache les deux contractants. Or ce lien ne pourrait se concevoir sans qu'il y ait eu la volonté chez les parties de s'engager. Ainsi, pour que le principe trouve son application, il faut que l'on soit nécessairement en présence d'une volonté, à défaut de laquelle le principe qui prescrit l'exécution du contrat, ne pourrait intervenir.

On pourrait aussi invoquer le sunnate : « Les croyants tiendront leurs engagements ». Or, un engagement suppose indiscutablement un lien, qui ne pourrait exister si l'on n'était en présence des volontés de deux contractants.

C) Certains auteurs se sont appuyés sur le verset du Coran : « Il n'y a pas d'acte sans volonté », ou sur cet autre : « Les actes suivent les volontés », suivant lesquels les actes ne pourraient connaître aucune existence, sans que l'on fût en présence de la volonté. Ils invoquent que le terme « acte » comprenant aussi bien les autres actes terrestres, entre autres les contrats, ces derniers ne peuvent se concevoir sans volonté. On peut encore invoquer le verset du Coran cité plus haut (2).

(1) V. 1^{re} Partie, chap. 1^{er}.

(2) Voir p. 60.

Ces argumentations illustrent la thèse que nous avons soutenue plus haut, car elles montrent comment les juriscultes ont glissé du domaine de la foi à celui des actes terrestres, en passant par les actes célestes.

2° *Les sources de l'adage suivant le second commentaire.*

Nous n'insistons pas beaucoup sur cette question, car les sources de l'adage, comme nous y avons fait allusion, sont les mêmes que celles données à l'occasion du premier commentaire. Cependant, il faut ajouter dans cette hypothèse, au principe même de l'engagement, les éléments et les effets principaux du contrat, car la volonté se portant sur ces derniers, présente autant d'importance au point de vue de la formation de l'acte, qu'à celui de l'engagement en lui-même. Ces sources, que nous avons déjà signalées, sont exactement les mêmes que pour le premier commentaire.

SECTION III. — L'INFLUENCE DES IDÉES PHILOSOPHIQUES.

La conception du contrat fondée sur la volonté n'aurait pu prendre l'extension dont elle bénéficia, si on s'était limité au domaine des idées fatalistes qui existaient au début de l'avènement de l'Islam (1). En effet, avec le fatalisme, qui mettait dans le pouvoir absolu de Dieu, le Bien et le Mal, l'homme ne pouvait avoir aucune indépendance ni liberté. Aussi la notion de vice du consentement ne pouvait intervenir dans le domaine du contrat.

Pourtant, cette notion s'est introduite timidement à la suite de l'influence des idées philosophiques : Cette influence des idées philosophiques sur le « fegh » ne doit pas nous surprendre, car au début, la science de

(1) V. Henri Massé, *L'Islam*, p. 165.

« fegh » était composée aussi bien des principes théologiques, ce qu'on appelait « fegh akbar » (1), que des prescriptions relatives aux actes qu'on appelait « fegh » tout court. C'est pourquoi dans la partie qu'on appelait « fegh », on remarquait facilement l'influence de la théologie musulmane. Avec l'avènement des Abbassides (2) surgit un élément jusqu'alors étranger à l'Islam : la philosophie grecque. « Les Nestoriens, comme nous l'explique si bien dans son livre sur l'Islam, M. Henri Massé, traduisirent du syriaque en arabe les œuvres de l'Antiquité. L'importance du rôle de ces traducteurs ne sera jamais exagérée, leurs travaux fournissaient aux Arabes, des modèles d'argumentation, dont les Persans, plus subtils, allaient leur apprendre à tirer parti. »

« ... Cette philosophie, à vrai dire, était le produit d'un mélange bizarre, opéré surtout à Alexandrie, au temps de l'hellénisme : combinaison de l'Aristotélisme (Philosophie du raisonnement logique fondé sur l'expérience) et d'un idéalisme platonicien, surchargé de visions orientales » (3).

Nous ne voulons pas traiter dans cet ouvrage de l'évolution de cette philosophie musulmane, pour laquelle d'ailleurs nous ne possédons aucune compétence. Nous voulons, purement et simplement, mettre en relief la manière dont la philosophie grecque est passée dans les ouvrages théologiques arabes. Ceci, afin de dégager l'influence que la théologie a exercé à son tour sur le « fegh ». Les premiers théologiens, partisans des idées philosophiques grecques, ont pris le nom de « Motazéli » : ceux qui s'isolent (4). D'après les Motazéli, l'homme est créateur de ses propres

(1) Abass Ekbal, *Khandan No Nobakht*, p. 38.

(2) Henri Massé, *L'Islam*, p. 167.

(3) *Id.*

(4) Abass Ekbal, *op. cit.*, p. 32.

actes, sans l'intervention de Dieu. Ainsi, la doctrine du libre arbitre fut consacrée par les Motazéli et s'introduisit dans la science de « fegh ». Avec l'idée de libre arbitre, la conception philosophique de la volonté prit une place importante dans les livres de « ossoul », qui ont pour objet, nous l'avons dit, d'une part, l'étude des principes théologiques, et de l'autre, les grands principes dominant le « fegh ». D'après eux, il y a quatre étapes dans l'acte volontaire : l'évocation des motifs, la délibération, la décision, l'exécution. Avec l'introduction du libre arbitre, l'idée purement philosophique, l'étude de la volonté, a pris l'extension que nous avons constatée.

SECTION IV. — L'AMPLEUR DOCTRINALE EXAGÉRÉE DE L'ADAGE FONDAMENTAL.

La question de savoir dans quelle mesure il fallait prendre en considération la volonté des contractants, a pris une telle ampleur, que certains auteurs envisageaient le cas, où l'un des contractants aurait pensé dans son for intérieur à la réalisation d'une certaine condition, sans qu'elle ait été exprimée. Ils se demandaient si cette condition devait être considérée comme engageant les contractants. Voilà les arguments que l'on invoquait pour soutenir l'affirmative :

A) Le principe de « Il n'y a pas de préjudice en Islam », d'après lequel une prescription législative ne doit pas être de nature à causer un dommage aux particuliers (1). Or, l'inefficacité d'un effet faisant partie de l'intention de l'un des contractants, serait de nature à lui porter préjudice,

(1) V. Sheikh Ali Baba, *op. cit.*, p. 12.

ce qui est contraire au grand principe que nous avons indiqué.

B) Il y a des cas où l'effet voulu par le contractant présente un grand intérêt pour lui. Il n'aurait pas procédé à la conclusion de l'acte sans cela. Un effet pareil, deviendrait dans ce cas un effet principal rentrant donc dans le cadre des effets que la volonté des contractants devrait prendre en considération. Ainsi, l'effet accessoire, disent-ils, changeant de caractère, l'adage fondamental devra intervenir.

On pourrait invoquer le principe de : « Les fidèles doivent tenir leurs engagements » (1), car l'effet voulu par le contractant serait indiscutablement une application de ce principe, quoique il n'ait pas été exprimé dans le contrat.

De tels arguments ne peuvent nous convaincre de l'efficacité d'un effet non-exprimé. En effet, le principe de « il n'y a pas de préjudice... » ne s'appliquera pas dans le cas qui nous occupe, car si le contractant a subi un préjudice, ce sera à cause de sa propre faute, qui consiste à ignorer les dispositions législatives, d'après lesquelles un effet non exprimé ne pourra avoir d'efficacité. Ainsi, le préjudice ayant été causé par sa faute personnelle, le principe de « Il n'y a pas de préjudice... » n'aura pas à intervenir. Quant à la modification de la nature de l'effet accessoire en effet principal, ce n'est qu'un subterfuge juridique, un artifice qui ne saurait retenir notre attention. Le principe de « les fidèles doivent tenir leurs engagements » ne saurait être appliqué dans le cas où la volonté interne n'aurait pas été exprimée, car une telle volonté ne serait qu'un

(1) V. *Sheikh Ali Baba*, *op. cit.*, p. 63.

phénomène psychologique, dépourvu de tout caractère juridique.

Il est encore d'autres arguments qu'on a invoqués à l'appui de cette thèse, nous ne les citerons pas, tant leur faiblesse nous semble manifeste. Cependant, nous avons tenu à traiter ce problème dans toute son ampleur, rien qu'en raison de l'intérêt qu'il présentera au point de vue de la conception contractuelle. Cet intérêt ressort surtout de l'argument suivant : on a invoqué à l'appui de la thèse contraire le verset du Coran : « il n'y a pas d'acte sans volonté ». Mir Fatah dit qu'en procédant par la méthode inductive à des recherches dans les livres de « fegh » il est arrivé à affirmer qu'il n'y a pas lieu de tenir compte d'une volonté interne, sauf dans le cas où il y a des paroles ou des actes susceptibles de l'exprimer (1). De ce passage nous pouvons conclure qu'une recherche faite à cette époque aurait abouti à la thèse que nous avons voulu illustrer, à savoir, qu'une volonté réelle pouvait être manifestée au début de l'Islam, aussi bien par une parole que par un acte. Ainsi l'importance accordée aux paroles dans la conception postérieure, n'est qu'un artifice juridique créé de toutes pièces par certains auteurs.

*
* *

Quelques versets du Coran nous paraissent renforcer encore notre thèse.

« Croyant, lorsque vous contractez un prêt, qu'un écrivain en transcrive les conditions avec fidélité. Aucun écrivain ne saurait se refuser à prêter son ministère...

N'omettez pas de passer par écrit l'acte de prêt, quel-

(1) *Op. cit.*, pp. 194 et ss.

qu'en soit le montant et de spécifier le terme. A moins qu'il ne s'agisse d'une opération courante, auquel cas vous pouvez vous dispenser de le faire constater par écrit... » (1).

Comment expliquer le verset?... par le souci qu'a eu le Coran de ménager une preuve à l'acte de prêt. L'écrit est ici recommandé ; mais à titre probatoire et non pas comme une condition de validité. C'est pourquoi il exclut les écrits des actes courants. Le moins qu'on puisse dire, c'est, qu'il n'exige aucun formalisme verbal : ce qui est curieux, c'est que dans la période postérieure, au contraire, on prescrivait de n'ajouter aucune foi aux écrits d'après l'adage (2) « Il n'y a pas de foi dans le papier ».

Le premier argument est encore renforcé, par le verset du Coran relatif au serment.

« O croyants, lorsque vous sentirez venir la mort, et que vous voudrez tester, avisez deux témoins honorables..., faites leur prêter ce serment : « Nous ne trafiquerons jamais de notre témoignage, même si nos parents sont en cause ; nous ne dissimulerons rien de la vérité, sinon nous serons criminels » (3).

Le Coran prend donc soin d'exiger spécialement l'emploi d'une formule orale pour le serment, ce qui prouve donc que s'il avait voulu imposer cette formalité pour les contrats il l'aurait fait spécialement.

(1) Coran, Souret II, verset 282.

(2) Voir plus haut, p. 97.

(3) Coran, Souret V, verset 106.

CHAPITRE II

Dernière conception des contrats en droit chiite.

Nous allons étudier dans ce chapitre les tendances postérieures de la doctrine chiite, qui ont consisté dans une modification de la conception antérieure, qui était essentiellement consensuelle, et l'introduction dans le contrat de la notion de formalisme. Ce formalisme, qui était plutôt verbal, se fondait sur le verset du Coran : « Dieu a rendu licites les paroles » qui s'interprétait de la façon suivante : les signes ne suffisaient plus pour la conclusion de l'acte, même s'ils étaient de nature à exprimer clairement la volonté des parties. Certains auteurs ont prétendu même que le contrat ne pouvait se former par l'écriture (1). Certains d'entre eux étaient tellement formalistes, qu'ils exigeaient que les termes fussent prononcés en arabe. Cependant, il y en avait qui faisaient une distinction suivant l'importance juridique que les contrats présentaient. L'unanimité des auteurs disait (2), par exemple, que les paroles sacramentelles prononcées par les époux ne produiraient aucun effet si elles n'étaient pas prononcées en arabe. Ajoutons qu'il y avait des auteurs comme Ebn Hamzé (3), qui, s'en rapportant au principe de la volonté, soutenaient que les mots ne constituaient pas un but, mais seulement un moyen d'extériorisation.

(1) Sheikh Mohamed Taghi, *op. cit.*, p. 50.

(2) Hosseini, *op. cit.*, p. 128.

(3) Hosseini, *op. cit.*, pp. 128 et ss.

Ainsi, ils soutenaient que les époux mêmes pouvaient manifester leur volonté dans n'importe quelle langue, si les expressions employées manifestaient d'une façon non-équivoque leur volonté de se marier. Mais cette thèse n'a pas eu beaucoup de succès. Si les auteurs sont unanimes sur la nécessité de la prononciation des mots en arabe, au moins pour le mariage, c'est qu'à leurs yeux cet acte est assez grave pour que la nécessité religieuse exige l'intervention de la langue arabe. Peut-être à leurs yeux cette langue est-elle plus solennelle que les autres. En pratique, les parties ne pouvaient toutes connaître l'arabe, aussi, tandis que les autres actes se faisaient sans intermédiaires, l'acte de mariage était célébré avec le concours de mandataires : personnalités religieuses, en mesure de satisfaire à toutes les exigences légales, ou plutôt linguistiques. Ainsi en droit chiite, il n'y avait en principe qu'une sorte de contrat : le contrat verbal. Ce contrat se passait nécessairement en arabe quand il s'agissait du mariage.

Avant de passer à l'étude détaillée de cette conception formaliste, nous croyons utile de signaler les circonstances géographiques qui ont facilité ce changement de conception en droit chiite.

Parmi les différentes écoles qui ont été créées après Mahomet dans la secte sunnite, il y avait surtout l'école « Hanafite ». Elle avait pour chef Abou-Hanifa, qui était lui-même Iranien. Cette école fut la première en date et eut la plus grande influence. L'influence de cette école sur le rite chiite également, fut considérable. Ceci s'explique facilement car cette école était répandue dans les pays qui entourent l'Iran : l'Asie Mineure, la Syrie, la Mésopotamie, le Turkestan, les Indes. Cette influence s'exerçait d'au-

tant plus aisément qu'Abou-Hanifé était lui-même Iranien. Or, les Hanafites partaient de cette idée que l'intention d'un contractant est du ressort de la conscience, et que, par conséquent, elle ne peut jamais être connue. Donc, si un acte réunit les conditions de validité extérieure, on le tiendra pour valable jusqu'à preuve contraire. Cette manifestation aura son existence juridique. Cette idée, croyons-nous, n'a pas manqué d'influer sur la conception formaliste chiite.

SECTION I. — LA TENDANCE A ÉCARTER

LA VOLONTÉ INTERNE.

Nous avons vu que la doctrine ne prenait pas en considération la seule volonté interne et écartait l'application de l'adage fondamental pour la bonne raison qu'il fallait être en présence d'un acte ou d'une parole qui la manifestât. C'est une solution logique dont personne ne pourrait discuter la valeur juridique. Mais les jurisconsultes sont arrivés peu à peu à limiter le domaine de l'adage, et à écarter son application même dans le cas où la possibilité d'y faire appel paraissait manifeste. Cette tendance se déduit d'une quantité de solutions admises dans les différents cas, mais qui toutes sont fondées sur la conception contractuelle à laquelle nous avons déjà fait allusion. Ainsi, si les paroles exprimées dans un acte ne s'accordaient pas avec la volonté interne, ils écartaient l'application de l'adage, en considérant l'acte en question comme non avenu, même si l'on se trouvait en présence de circonstances de nature à la révéler. Cette idée que la volonté sans paroles ne peut présenter aucun crédit au point de vue juridique, bien qu'elle

ait été accompagnée de circonstances de nature à l'exprimer, montre bien la rigueur avec laquelle la doctrine postérieure traitait la volonté des parties ; elle exprime aussi la place d'honneur que la doctrine reconnaissait aux termes employés par les contractants.

Cette tendance à restreindre l'application de l'adage, se dégage aussi de l'exemple suivant. Certains auteurs, entre autres, Cheikh Ali Karaki, Moghaghegh Sani, tout en faisant allusion à l'adage, dans l'hypothèse que nous allons traiter, ont perdu de vue sa portée exacte et ceci encore en raison de la conception qu'ils se faisaient du contrat. Voici l'hypothèse : quelqu'un achète un bien avec l'argent appartenant à autrui, tout en ayant l'intention de s'approprier cet objet. On ne tiendra pas compte de cette volonté ; l'objet de la vente appartiendra au propriétaire de l'argent, dans le cas où ce dernier aurait confirmé le contrat passé par l'acheteur. Ces auteurs tout en reconnaissant *qu'on avait écarté l'application de l'adage*, justifiaient cette solution *en se fondant sur le principe de l'« échange »*, en vertu duquel la contre-prestation appartiendra toujours au propriétaire de la prestation. Nous croyons que si on voulait appliquer notre adage, on aurait dû simplement décider la nullité d'un tel acte, car la volonté susceptible de produire des effets est celle qui a été manifestée de la part du *propriétaire*. Or, dans l'exemple indiqué ci-dessus, comment une volonté étrangère pourrait-elle avoir éventuellement de l'effet, même dans le cas où elle serait confirmée par celle du véritable propriétaire ? Cependant, Sheikh Ali Karaki, comme beaucoup d'autres, reconnaissait la validité possible d'un tel acte, avec l'intervention de la volonté du propriétaire. Pour le moment, restons dans le domaine de l'Ex-

plication même donnée par cet auteur, et essayons de voir la faiblesse de son argumentation. Nous allons voir qu'avec sa conception même, nous aboutirons à un résultat analogue à celui dont nous venons de parler : à savoir, la nullité du contrat. Moghaghegh Sani, en écartant l'application de l'adage, non seulement enlève de ses effets à un principe certain du droit musulman, (dont le moins qu'on en puisse dire est qu'il possède autant de force que celui qu'il invoque à savoir, celui de « l'échange »), mais il se contredit manifestement. Car, de deux choses l'une : ou bien la volonté des parties n'est susceptible d'avoir aucun effet, et dès lors, pourquoi un tel contrat produirait-il des effets juridiques éventuels, sous réserve de la confirmation du propriétaire ? ou bien, la volonté des parties est de nature à avoir des conséquences juridiques, qu'est-ce qui empêcherait dès lors l'objet du contrat de devenir la propriété de l'acheteur ? Ainsi, n'ayant pas la possibilité technique d'écarter cet adage, nous sommes obligés de le retenir. On aura donc d'une part, le principe établi par l'adage, et d'autre part, celui de « l'échange », en vertu duquel la contre-prestation doit aller au propriétaire de la prestation. Pour sortir d'embarras, nous dirons que, devant deux principes de force égale, dont les résultats sont différents, la science de « ossoul » nous propose une solution pour résoudre des difficultés semblables ; elle prescrit qu'on écarte les deux principes en contradiction. Ces deux règles mises à l'écart, l'acte conclu n'ayant pas été en mesure de se fonder sur une base solide, s'écroule, et le contrat sera déclaré nul.

Cependant, certains auteurs ont essayé de dominer les difficultés avec les explications suivantes :

1° L'unanimité des auteurs est d'accord sur la validité

éventuelle de l'achat d'un objet avec l'argent d'autrui, en limitant cette solution aux cas où l'acheteur a seulement l'intention de prendre possession de l'objet et d'en jouir. La validité ne serait donc pas applicable au cas où l'acheteur aurait eu l'intention de s'approprier juridiquement l'objet de l'achat, car il y a impossibilité juridique de la réalisation d'un tel transfert. Or, la volonté de prendre possession d'un objet ne constituant qu'un simple motif, elle restera étrangère à l'élément psychologique constitutif du contrat. Ainsi l'adage « les contrats dépendent des volontés » n'ayant pas à intervenir, le contrat restera confirmable. Avec cette explication, nous constatons dans quelle mesure les auteurs postérieurs ont essayé de limiter la portée de l'adage au cadre des paroles prononcées par les parties.

2° La volonté dont dépend le contrat, disent-ils, ne serait que la volonté manifestée par les paroles : or, la volonté de l'acheteur de s'approprier l'objet du contrat n'ayant été exprimée d'aucune façon, elle ne pourra entacher la validité du contrat. Tout en restant dans le cadre même de cette explication, on pourrait lui faire la critique suivante : les termes « j'ai acheté » ou « j'ai vendu » expriment bien l'idée d'appropriation de l'objet par l'acheteur non-propriétaire. Ainsi, l'idée d'appropriation se trouvant dans les termes mêmes du contrat, l'adage interviendra et il sera en contradiction avec le principe de « l'échange ». Ces auteurs ne sont pas certains de la portée attribuée par la critique au terme de « j'ai vendu » et « j'ai acheté » ; ils disent que ces paroles n'évoquent pas nécessairement l'idée d'appropriation au profit du contractant non-propriétaire ; car les mandataires, ajoutent-ils, quand ils contractent pour le compte d'autrui, emploient exactement les mêmes termes. Or, ces paroles n'expriment en aucune façon l'idée d'appro-

priation personnelle. Celui qui contracte sur le bien d'autrui est dans la même situation qu'un mandataire, quand il emploie les termes du contrat. Or, ces termes n'exprimant en rien l'idée d'appropriation, cette dernière restera en dehors des formules employées, par conséquent, l'adage n'interviendra pas, et le contrat pourra être confirmable. Cette explication nous a montré comment on a essayé de limiter la portée de l'adage au cadre des paroles prononcées.

3° Avec la troisième explication, nous pouvons suivre le mouvement de l'évolution ; car, avec cette façon de justifier la confirmabilité de l'achat avec la chose d'autrui, nous arriverons à saisir comment certains auteurs ont abouti à faire abstraction de l'élément moral du contrat, en se réfugiant derrière les paroles prononcées par le contractant : les éléments principaux du contrat, disent certains auteurs, consistent dans l'objet, les termes de l'offre et les termes de l'acceptation, et les parties contractantes. Les parties contractantes, ajoutent-ils, sont celles de la part de qui les termes de l'offre et de l'acceptation émanent, abstraction faite de leur qualité de mandataire, de propriétaire, d'usurpateur ; ainsi, d'après eux, la seule intention de procéder à l'échange suffirait à la formation des contrats. La qualité du titulaire de l'objet ne faisant pas partie des éléments constitutifs du contrat, ne doit pas faire nécessairement l'objet de la volonté.

La faiblesse de ces arguments saute trop aux yeux pour que nous nous y arrêtions encore plus longtemps. Si nous avons beaucoup insisté sur cette question, c'était pour mettre en relief l'évolution de la conception et l'attitude de la doctrine qui, en piétinant la volonté interne, avait tendance à

se rattacher uniquement aux paroles prononcées dans les contrats.

Une autre hypothèse, très proche de celle que nous venons d'indiquer, a été exposée par Moghaghegh Sani. Il lui a consacré, d'ailleurs, les mêmes explications : Si une personne, dit-il, avec son argent propre, achète un bien pour un tiers, le contrat produira ses effets à l'égard du contractant : véritable propriétaire. Ainsi, le bien acheté sera à l'acheteur, contrairement à la volonté qu'il avait exprimée. Ceci en vertu du principe de l'*échange*, comme nous l'avons déjà expliqué plus haut. Faut-il conclure que cette solution porte encore une brèche à l'adage : « les contrats dépendent des volontés » ? Moghaghegh Karaki répond affirmativement, car, dit-il, si quelqu'un verse de l'argent de son propre patrimoine pour acheter un vêtement à un tiers, ce dernier serait propriétaire du vêtement, si on voulait suivre l'adage « les contrats dépendent des volontés ». Cette explication, croyons-nous, est défectueuse, car la volonté envisagée par l'adage, et susceptible de produire des effets, est celle de l'intéressé, en l'espèce, celle du tiers bénéficiaire. Or, ce dernier n'ayant pris aucune part au contrat, la volonté de l'acheteur ne saurait à elle seule produire d'effets à son égard. Ainsi, l'inefficacité de la volonté de l'acheteur du vêtement à l'égard du bénéficiaire, loin de porter une brèche à l'adage, n'en est qu'une application. Cependant, il y a certains auteurs qui ont reconnu la validité d'un tel acte, et le transfert immédiat de la propriété du vêtement au tiers, en s'appuyant sur l'explication suivante. L'intention de l'acheteur, disent-ils, se divise en deux parties successives : premièrement, sa volonté de prêter, ou de faire la donation de l'argent au tiers bénéficiaire, et l'acceptation du prêt ou

de la donation en tant que mandataire de celui-ci ; deuxièmement, faire achat du vêtement en tant que mandataire de celui-ci. Cette explication suppose une fiction juridique et exige, comme toute fiction, un artifice de jurisconsultes. L'efficacité d'un tel acte à l'égard d'un tiers est un coup porté à l'adage, en vertu duquel autant il faut tenir compte de la volonté des intéressés, autant il faut éviter que celle d'un contractant produise de l'effet à l'égard d'un tiers. La solution adoptée par certains auteurs dans le sens de la validité est fondée, croyons-nous, sur la tendance de la doctrine à tenir compte des termes du contrat, abstraction faite de la volonté du bénéficiaire.

SECTION II. — LA RÉPERCUSSION DES IDÉES THÉOLOGIQUES SUR LE DÉVELOPPEMENT DU FORMALISME.

Certains auteurs du droit chiite : les Oussoulioun, faisaient une distinction en parlant de la volonté divine entre la volonté pure : « éradé » et l'exigence : « talab » (1). La première est la base de toute la création, car rien n'existe qui n'ait été voulu par Dieu. Quant à l'exigence, c'est une étape postérieure à la volonté qui se distingue d'elle. Les isolites : motazéli, réfutent cette opinion en mettant les adversaires dans cette alternative : de deux choses l'une, disent-ils, ou bien l'exigence serait une des étapes de la volonté interne, ce qui est contre l'évidence, car on ne voit rien de plus en dehors de la volonté ; ou bien l'exigence ne serait que l'extériorisation de la volonté interne ; c'est une idée qui pourrait se défendre à la rigueur, mais qui n'a

(1) Voir plus haut, pp. 34 et ss.

aucune vérité psychologique. Cette manière de voir, dans la théologie, a eu ses répercussions en « fegh ». Avec l'introduction de cette idée philosophique, on a tendance à considérer de plus en plus « Talab » l'exigence, qui est la manifestation extérieure, et de faire abstraction de la volonté interne. C'est de là que découle cette vertu imaginaire attribuée aux paroles et aux formules en droit chiite, sans ignorer totalement la volonté interne ; car, malgré les principes formalistes, on fait quelquefois des recherches d'intentions pour invalider ou valider les actes juridiques. Mais, avec le chaos qui existait en matière de volonté, on ne pouvait plus construire une théorie du consentement avec des idées abstraites et bien définies. Ainsi, quand la doctrine envisagea le processus de la réalisation de ce phénomène juridique : consentement et vice de consentement, elle procéda par des solutions fragmentaires, dont l'ensemble ne peut s'enfermer dans les cadres déterminés d'un système juridique (1).

Nous avons suivi, plus haut, la marche de l'évolution de la volonté pour arriver à la notion de l'exigence : « talab », qui, loin d'être un élément psychologique, n'est qu'une simple manifestation extérieure. Ainsi, le droit chiite, qui avait commencé avec la notion de consensualité à la base de ses constructions juridiques, s'oriente désormais, manifestement, vers une sorte de formalisme tempéré. Nous verrons maintes illustrations de cette idée au cours des chapitres suivants, surtout quand nous aurons l'occasion d'examiner, dans la troisième partie, les applications de la nouvelle conception contractuelle en droit iranien.

Nous n'avons pas l'intention d'insister sur la particularité du contrat de mariage, dont le caractère solennel est imposé

par la plupart des législations, et d'examiner les contrats réels dont la nature propre suppose la remise de l'objet. Nous voulons tout simplement examiner les contrats verbaux les plus usités, dans lesquels l'étude de la construction de la phrase a été poussée très loin. Ainsi, désormais, la considération se portera sur les termes employés dans un contrat. Nous avons vu que le contrat même se définit par « les paroles employées pour sa formation ». Nous verrons que les règles d'interprétation des mots occuperont la place d'honneur dans le droit musulman. On fait l'analyse grammaticale des phrases, selon la syntaxe arabe, dans une grande partie des ouvrages de « ossoul ». L'influence des idées théologiques sur ces règles d'interprétation, est manifeste, d'autant plus qu'une partie des ouvrages d'ossoul est consacrée à « ossoul Aghaed » c'est-à-dire à l'examen de la foi, et l'autre, aux principes dominant le « fegh », qui est le droit.

SECTION III. — LA NOTION DE LA CAUSALITÉ ET SON APPLICATION DANS LES CONTRATS.

La notion de la causalité occupe une place importante en droit musulman ; c'est encore un des aspects de l'application des idées philosophiques dans la science de « fegh ». En ce qui concerne la notion de causalité, les théologiens musulmans, suivant le point de vue d'Aristote, distinguaient quatre sortes de causes : la cause matérielle, la cause formelle, la cause efficiente, la cause finale. C'est surtout la notion de la cause efficiente et, dans une certaine mesure, celle de la cause finale, qui ont trouvé leur place en droit musulman. Cependant, il ne faut pas croire que la doctrine musulmane ait pris la cause efficiente dans

le même sens que celui qu'on lui attribue dans la science psychologique. Dans la philosophie musulmane, on entend par 'cause efficiente, celle qui met en mouvement la matière pour en faire une réalité (1), ou celle dont l'existence occasionnera la naissance d'une autre chose, tandis qu'en droit musulman, elle a perdu ce caractère philosophique pour devenir une notion purement juridique. Elle consiste en un fait ou un acte, dont la présence exige l'application d'une prescription légale (2). Certains auteurs, comme Seyd Morteza, font une distinction entre les causes positives et les causes naturelles. S'il y a des cas, disent-ils, où il faudra l'intervention du législateur pour qu'un acte possède la vertu de la causalité, comme c'est le cas du contrat pour le transfert de propriété, il y a aussi des hypothèses où une prescription légale trouverait sa cause dans un phénomène naturel. Ainsi, l'ivresse, croient-ils, servirait de cause naturelle à la prohibition de l'alcool. C'est la raison pour laquelle, en droit musulman, on arrive à prohiber la consommation de toutes sortes d'alcools, même celles qui n'étaient pas connues à l'époque du Prophète. Toutefois, il faut rendre hommage à l'esprit réaliste des auteurs musulmans, qui n'ont pas poussé l'application de la notion de la causalité, dans le domaine juridique, jusqu'à dire que les faits et les actes seraient des causes au sens philosophique du mot. Ils ont soin de spécifier, pour écarter toute confusion, que ces faits ou ces actes ont revêtu le caractère de la causalité par la « consécration du législateur » (3) : vazaé chari.

Cette notion de causalité domine tout le droit musul-

(1) Dari M. Zia-din, *falsafé etemad*, p. 35.

(2) *Id.*, *op. cit.*, p. 35 et ss.

(3) Mohammed Sangaladiji, pp. 10 et ss.

man. On en fait application en matière de dommages-intérêts. On y a recours pour apprécier la validité des actes juridiques et leurs effets.

Une fois renseignés sur la notion générale de la cause en droit musulman, essayons de dégager le rôle de la cause en matière contractuelle. Avec les explications données dans les chapitres précédents, il nous sera assez facile de trouver l'élément qui jouerait le rôle de cause, et serait créateur d'obligations. Il serait erroné de vouloir attribuer une telle qualité à la volonté ; car nous avons vu qu'elle avait perdu son importance avant l'introduction de la conception philosophique de la causalité en droit chiïte, de telle sorte que l'introduction de la notion de la cause coïncide avec l'apogée des vertus magiques reconnues aux termes du contrat. Dès lors, il serait naturel de reconnaître le caractère de la cause *aux mots employés dans les actes juridiques*. Cette qualité de causalité reconnue aux paroles est tellement vraie, que les juristes musulmans faisaient une distinction entre les « causes en paroles » et les « causes en acte » (1). Jamais l'élément de la volonté ne trouvait place, à ce moment-là, dans le contrat, en droit musulman. Rentrent dans la catégorie des « causes en acte » : l'occupation, car c'est le fait d'occupation qui occasionne le transfert de propriété ; les contrats et les actes unilatéraux ne sont que des « causes en parole » car ce sont les paroles mêmes qui possèderaient la vertu de créer des effets juridiques. M. Mahommed Sangaladji s'est posé une question, à la fin du chapitre relatif à la cause, qui mérite de retenir notre attention, parce qu'elle montre, sinon la subtilité particulière des juristes musulmans, du moins leur

(1) Mahommed Sangaladji, op. cit., pp. 10 et ss.

attachement profond au terme même inoffensif de contrat. L'auteur après avoir distingué le cas, où la cause et l'effet coïncident, comme celui de l'occupation, et le cas où l'effet précède la cause, comme l'obligation de payer un certain impôt religieux à l'occasion de la journée « fetre » mais avant le lever du jour, hésite à proclamer si dans le cas d'un contrat, les effets se produisent progressivement, à mesure que les paroles sont prononcées, de telle sorte que la dernière partie des termes coïncide avec les effets de la première partie, ou si au contraire, les effets ne se produiraient qu'une fois les paroles prononcées, de telle sorte que l'effet suivra la cause. Rien que l'examen de cette page subtile, nous prouve dans quelle mesure les auteurs de droit musulman consacraient le caractère créateur des mots du contrat. Ajoutons, que la possibilité chez ces auteurs de faire passer l'effet, dans certain cas, devant la cause, montre aussi que la doctrine était loin d'introduire la conception philosophique de la cause en droit musulman ; car, avec une telle façon de voir, l'effet ne pourra que suivre la cause, tandis que dans les hypothèses prévues par l'auteur, nous avons vu des effets qui coïncidaient, qui précédaient même leur cause juridique. Voilà quelle était la notion de la causalité en droit chiite, qui, tout en attribuant le caractère de la causalité, aux termes employés dans le contrat, faisait abstraction totale de la volonté.

SECTION IV. — LA NOTION DE « MOATAT » : ÉCHANGE MATÉRIEL.

Si on voulait tenir compte de la volonté des parties, on devrait dire que l'acte juridique en lui-même n'est qu'un moyen d'atteindre des buts divers : vendre, louer, etc... donc, chaque fois que ces buts peuvent être atteints, le

législateur envisagerait cette réalisation en elle-même, pour déclarer l'existence d'un acte juridique. Ainsi, un fait matériel aurait la faculté de former un lien contractuel ; il est évident que ce fait produit doit bien manifester la volonté des parties. Cependant, ce n'est pas la solution admise par la doctrine musulmane. D'après la doctrine, il y a presque unanimité à ne pas reconnaître l'efficacité des faits matériels à créer des liens conventionnels. La doctrine se fondait sur les deux arguments suivants : 1° il n'y a aucun principe du droit musulman qui offre une certaine sanction au fait matériel, en dehors des paroles prononcées ; 2° la portée exacte des faits matériels étant incertaine, leur efficacité pourrait créer des difficultés entre les parties. Cependant, si cette doctrine n'a pas reconnu au fait matériel le pouvoir de créer d'obligations, elle ne lui en a pas moins consacré un chapitre spécial. Nous allons voir qu'en fait, elle a abouti à lui reconnaître certains effets, si faibles soient-ils, pour satisfaire aux exigences de fait.

« Moatat » consiste en des faits matériels qui expriment la volonté des parties d'une façon expresse (1). « Moatat » pourrait intervenir dans le domaine des contrats, aussi bien que dans celui des actes unilatéraux. Nous allons traiter successivement certaines questions, qui méritent d'attirer notre attention.

L'application de « moatat » dans les actes unilatéraux. —

Il semble que le principe de « moatat » ne saurait être appliqué aux actes unilatéraux, parce que ces derniers possè-

(1) On pourrait, dans une certaine mesure, rapprocher « moatat » des contrats qui, en droit romain, se formaient par la remise de la chose (contrats re). Dans les deux cas, l'élément principal de la formation du contrat, c'est l'échange matériel.

dent souvent un caractère grave, susceptible d'exiger l'intervention de termes exprès. Ainsi, on ne reconnaissait pas l'aveu (1) tacite résultant d'un fait en dehors de toute parole. Cependant, on admettait l'introduction de « moatat » dans les actes unilatéraux simples, qui ressemblent au contrat par leur caractère relativement peu grave : le testament, la fondation, le droit de préemption. Cette solution n'est que la consécration de l'usage, qui faisait que la construction d'une mosquée, par exemple, dans le cas de la fondation était suffisamment révélatrice de la volonté du fondateur.

L'application de « moatat » dans les actes à titre gratuit et les contrats réels. Ici encore, la doctrine chiite a fait appel à l'usage pour décider s'il y avait lieu ou non d'introduire le principe de « moatat ». Certains auteurs ont examiné séparément chacun des contrats, des donations, en propriété ou en usufruit, de dépôt, de prêt à usage, et ont décidé à propos de chacun l'application ou la non-application du principe de « moatat ». Le criterium est toujours le même : il faut dégager l'usage courant et en tenir compte pour voir si le « moatat » doit ou ne doit pas être appliqué. Cependant, il ne faut pas perdre de vue, que même les auteurs qui admettaient l'introduction de la notion de « moatat », faisaient une distinction bien nette entre « moatat » : échange matériel et « aghde » contrat, dans lequel le prononcé des paroles est nécessaire.

Les actes à titre onéreux. Ecartons tout de suite l'hypothèse du mariage, auquel l'unanimité des auteurs refuse d'appliquer « moatat ». Ceci pour des raisons d'ordre public, qui exigent la stabilité du mariage, tandis que, comme

(1) L'aveu est un acte unilatéral d'après la conception chiite.

nous le verrons plus loin, l'acte de « moatat » est en principe considéré comme révocable. Prenons les cas de la vente, de la transaction, du louage ; les auteurs s'accordent à introduire « moatat » dans ces actes et, d'une façon générale, dans tous les actes à titre onéreux.

Les chiites ne faisaient aucune distinction entre la possibilité d'application de « moatat » suivant l'importance de l'objet, contrairement à ce qui se passait chez les « sunnites ». Ces derniers n'admettaient l'intervention de « moatat » que dans les actes ayant pour objet des choses de faible valeur ; ils écartaient « moatat » dans les actes qui avaient pour objet des maisons, des fermes et, d'une façon générale, dans tous les cas où l'objet présentait une certaine valeur.

Les effets de « moatat ». « Moatat » était loin de posséder les mêmes effets que le contrat. Ainsi, suivant la presque unanimité des auteurs, il ne pouvait servir de cause légitime au transfert de propriété ; cependant, la majorité d'entre eux soutenait qu'il pouvait rendre légitime, au point de vue religieux, la mise en possession des parties contractantes. L'intérêt se présente au point de vue de la poursuite pénale : car, tandis qu'une simple usurpation de l'objet pouvait occasionner une poursuite pénale, et surtout comporter une sanction religieuse, la possession de l'objet d'autrui fondé sur « moatat » était légitime et n'entraînait aucune poursuite pénale.

Cependant, Allamé, dans son livre de Nahayé, s'est refusé à reconnaître cette vertu propre au contrat de « moatat ». Il a invoqué surtout le caractère limitatif de l'énumération des contrats donnée par le droit musulman. Aussi, pense-t-il, « moatat » ne se trouvant pas dans cette énumération, il n'y a aucune raison légitime pour qu'on puisse lui re-

connaître une efficacité, si faible soit-elle. Ainsi, en l'absence d'une règle justifiant la possession de l'acquéreur, on devrait, dit-il, conclure à son illégitimité. Certains auteurs ont réfuté l'argument présenté par Allamé, en disant que l'énumération donnée par le législateur musulman vise les contrats ayant pour effet le transfert de propriété ; or, « moatat », n'ayant pour conséquence que de justifier la possession, abstraction faite de la propriété, constitue une catégorie à part. Ainsi, le caractère limitatif invoqué par Allamé ne porterait nullement atteinte à la validité d'un tel acte unilatéral. Ajoutons qu'Allamé lui-même, abandonna cette opinion dans certains de ses ouvrages postérieurs et finit par reconnaître la légitimité de possession de l'acquéreur par « moatat ».

Cette difficulté écartée, la controverse a été reprise sur deux autres points relatifs au degré d'efficacité de « moatat » : 1° le « moatat » a-t-il pour effet de justifier seulement la possession de l'acquéreur, ou a-t-il pour conséquence de transférer la propriété de l'une des parties à l'autre ? 2° à supposer que « moatat » ait pour conséquence de transférer la propriété, le premier propriétaire aura-t-il la faculté de révoquer l'acte de « moatat » ?

Nous allons reprendre la première controverse, en présentant les arguments des deux doctrines opposées : 1° la doctrine de « Ebahé » : « faculté de possession ». Voici les arguments : il n'y a aucune prescription législative qui justifie la possibilité du transfert de la propriété d'un objet appartenant à autrui, en dehors des cas où les paroles rituelles ont été prononcées ; 2° la prescription du prononcé des termes du contrat serait inutile, si on reconnaissait une valeur juridique à « moatat ».

Les adversaires répondent que « moatat » peut rentrer

suivant le cas, dans le cadre de la vente, de la transaction, du louage ; dès lors, il doit produire les mêmes effets que ceux des contrats qu'il représente.

D'ailleurs le principe « les contrats dépendent des volontés », en vertu duquel on doit toujours suivre la volonté des parties, appliqué en l'espèce, permet de tenir compte du transfert de propriété qui, en réalité, a bien fait l'objet de la volonté des parties.

En outre, l'usage qui fait rentrer l'objet provenant du « moatat » dans le patrimoine d'une personne, suppose qu'on peut légitimement prétendre que « moatat » effectue un transfert de propriété.

Ces auteurs ajoutent qu'en admettant seulement la mise en possession et non pas le transfert de propriété, on se heurtera aux contradictions suivantes :

A) Ecarter l'application du principe, « les contrats dépendent des volontés », car, en admettant la première opinion, c'est-à-dire à : « la justification de la possession » on arrivera forcément à exclure la volonté des parties qui était « le transfert de propriété », et à tenir compte de quelque chose qui ne faisait pas l'objet de celle-ci, à la justification de la possession.

B) Personne n'ayant contesté la validité de la vente d'un bien acquis par la voie de « moatat », nous serons obligés de faire une présomption pour justifier cet acte : la vente opérée sur un objet provenant antérieurement de « moatat ». Car le vendeur n'ayant pas été propriétaire, par hypothèse, il fallait qu'il le devienne avant, ou au moment même de la conclusion du contrat de vente. Or, ceci n'est qu'une fiction juridique, qui ne peut avoir aucune valeur de principe.

Ayant ainsi écarté l'opinion des auteurs, d'après laquelle

« moatat » aurait tout simplement pour effet de justifier la possession, nous pouvons affirmer qu'il a pour conséquence de transférer la propriété de l'auteur de « moatat » à l'autre partie.

Deuxième controverse. — Certains auteurs sont allés plus loin, en admettant non seulement le transfert de propriété produit par l'acte de « moatat », mais encore son irrévocabilité, qui a été contestée par certains autres. Cette évolution est due au fait que la doctrine était obligée de céder devant les exigences d'une pratique, qui rendait l'acte de « moatat » de plus en plus fréquent.

La majorité des auteurs récents se ralliait à la thèse de l'irrévocabilité. Parmi les auteurs anciens, ce serait Sheikh Mofid qui aurait admis la même opinion, mais tout le monde n'est pas d'accord sur ce dernier point ; il y en a qui disent, avec raison d'ailleurs, que Sheikh Mofid n'avait jamais professé cette opinion ; dans ce cas, ce serait les auteurs anciens qui auraient cité cette opinion afin de le combattre.

Il est très intéressant d'étudier les arguments présentés par les auteurs, pour justifier l'irrévocabilité du lien juridique produit par « moatat » ; car, ceci montre d'une façon frappante l'évolution que la législation musulmane a subi à la veille de la promulgation du code. Ajoutons tout de suite que cette opinion a été contredite par Moghades Ardebili.

Passons aux arguments des partisans : 1° l'adage « exécutez vos engagements », qui implique l'idée de stabilité des contrats, comprendrait aussi bien les contrats proprement dits que les « moatat ». En effet, disent-ils, le contrat n'étant qu'un lien juridique entre deux ou plusieurs par-

ties, « moatat » apparaît comme une simple application de cette notion ; et dès lors, il rentre dans le domaine du principe ci-dessus indiqué.

Ainsi se forme le germe d'une évolution vers la consécration de l'efficacité juridique de la volonté, au détriment du monopole reconnu aux « parties prononcées ».

2° « Esteshab » : présomption légale qui existe en droit musulman, et qui permet de résoudre bien des difficultés. Elle conduit à présumer l'existence d'une situation juridique, dont on a la certitude qu'elle existait antérieurement, mais sur l'existence actuelle de laquelle il y a un certain doute. Ainsi, dans l'hypothèse qui nous occupe, on dira : « puisque la validité de la possession après la conclusion de « moatat » est admise, si l'on n'est pas certain des effets d'une révocation possible, on fera jouer la présomption et on admettra que la possession continue à exister juridiquement et que la révocation postérieure est sans effet.

3° La coutume qui a légitimé l'institution de « moatat », justifie la portée de son efficacité. En effet, en pratique, une fois « moatat » conclu, les parties contractantes comptent sur sa stabilité et n'envisagent pas la possibilité de révocation.

4° L'adage : « les contrats dépendent des volontés », en vertu duquel, considérant la volonté des parties on devra décider l'irrévocabilité de « moatat ».

5° Il y a un principe d'après lequel il n'y a pas de « osre et haradj », c'est-à-dire que « les difficultés doivent être évitées en Islam » ; or, la révocation possible de « moatat » imposerait aux parties le recours au prononcé des termes du contrat, toutes les fois qu'elles voudraient obtenir un engagement irrévocable. Cette obligation est con-

traire au principe que nous venons d'indiquer, d'après lequel « il n'y a pas de difficultés en Islam ».

6° La révocabilité de « moatat » aura pour résultat de créer des désordres dans les relations juridiques, si on tient compte de la fréquence de cette institution.

7° Si « moatat » ne suffisait pas à lier les deux parties contractantes, le législateur aurait dû imposer à tout le monde la connaissance des termes des contrats ; or, on ne trouve nulle part une prescription de ce genre.

Cependant, certains auteurs ont invoqué des arguments pour justifier la thèse contraire à savoir : la révocabilité de « moatat ».

1° L'irrévocabilité de « moatat » aurait pour effet de rendre inutiles toutes les dispositions de la législation musulmane ayant pour effet de prescrire le caractère obligatoirement verbal du contrat.

2° Il réfute l'argument fondé sur « esteshab », en disant que le fondement de la validité de possession acquise se trouve dans l'autorisation du véritable propriétaire. Or, cette autorisation pourra être retirée par l'intervention de sa seule volonté ; avec le retrait de l'autorisation disparaît la certitude antérieure qu'on a invoqué, et la présomption ne peut s'appliquer.

3° Ces auteurs disent encore que l'usage en vertu duquel l'acte de « moatat » serait considéré comme un acte stable, n'est pas certain ; au contraire ils affirment que l'usage est de considérer la révocation comme quelque chose de normal dans le cas de « moatat ».

4° Ils écartent l'application de l'adage : « il n'y a pas de difficultés en Islam », en invoquant que la possession, quoique révocable, suffit à dispenser les parties d'avoir recours aux paroles. Car c'est seulement *la mise en posses-*

sion qui constitue le but essentiel des parties, abstraction faite de l'irrévocabilité de l'acte. Or, ce but ayant été réalisé avec « moatat », il n'y a plus de difficultés, et l'adage n'interviendra pas.

Ces arguments sont très faibles à côté des arguments invoqués pour soutenir la thèse de l'irrévocabilité du lien formé par « moatat ».

Nous croyons toujours qu'aux premiers temps de l'Is-lam, le Coran n'a imposé aucun terme pour la formation du contrat, c'est seulement postérieurement que la doctrine a eu l'idée peu pratique d'introduire la notion des « paroles consacrées ». Il est inexact de s'appuyer sur l'existence d'un prétendu usage, en vertu duquel les individus avaient eu recours au prononcé des paroles, pour conclure des rapports juridiques ; il est plus vraisemblable de présumer l'usage contraire. De toutes ces explications, il résulte qu'une évolution bien caractéristique en ce qui concerne le degré d'efficacité de « moatat », s'est tracée déjà avant la promulgation du code civil. Cette évolution est significative, comme nous allons le voir au cours de notre étude.

SECTION V. — LES TERMES DU CONTRAT DEVAIENT-ILS ÊTRE PRONONCÉS EN ARABE ?

Certains auteurs poussaient les exigences du formalisme, jusqu'à discuter si les termes du contrat devaient être prononcés nécessairement en arabe, ou si on pouvait employer des paroles dans une autre langue que celle du Prophète. Il y a des auteurs qui soutenaient l'affirmative, entres autres Mohaghegh Sani, Chaid Sani. Certains auteurs, surtout les plus récents, disaient au contraire qu'on peut con-

tracter dans n'importe quelle langue sans avoir besoin d'employer la langue arabe. Toutefois, ils ont apporté une exception dans le cas de l'acte de mariage, qui devrait être nécessairement conclu en arabe. Quelques-uns ont fait une discrimination entre les actes « non nécessaires » (révocables) dans lesquels il n'aurait pas été nécessaire de contracter dans la langue arabe, et les contrats irrévocables, qui nécessiteraient l'intervention de cette langue. Nous allons examiner brièvement les arguments présentés en faveur de l'affirmative, ensuite nous étudierons ceux qui sont invoqués pour la solution négative.

1° Les règles sanctionnant l'efficacité des contrats, viseraient ceux d'entre eux qui étaient connus à l'époque de la révélation ; or, il est indiscutable qu'à cette époque, les contrats se faisaient en arabe.

2° Les fidèles n'ont qu'à imiter le Prophète dans tous les domaines. Or, ce dernier employant indubitablement des mots arabes au moment de la conclusion du contrat, un bon pratiquant doit agir de la même façon.

Les adversaires de cette opinion disent que :

1° Le contrat vise le fait même de s'engager, quelle que soit la langue employée. Ainsi, les principes qui sanctionnent la force obligatoire des contrats envisageraient aussi bien ceux d'entre eux qui sont conclus en arabe, que ceux qui sont passés dans une autre langue.

2° La vertu reconnue aux « mots prononcés » en application du principe du Coran : « Il a rendu licite les mots » viserait autant les mots arabes, que les paroles employées dans d'autres langues.

3° La coutume qui reconnaît comme suffisant le prononcé des paroles, quelle que soit la langue employée par les contractants.

4° Le principe « il n'y a pas de difficulté en Islam », qui veut éviter toute difficulté aux individus, serait méconnu si on voulait les obliger à faire usage de la langue arabe. Il faut aller chercher, croyons-nous, la source de cette discussion dans des considérations autres que des considérations juridiques. La vérité, c'est que les juristes arabes conscients de l'influence que pourrait exercer l'Islam si on rendait l'emploi des verbes arabes obligatoire dans les contrats, ont cherché à justifier leur thèse par des arguments juridiques. Ce qui est curieux, c'est qu'aujourd'hui même, le code civil iranien oblige celui qui prononce le divorce, de le faire en employant des « termes particuliers ». Il y a des raisons à croire que le législateur a entendu par des « termes particuliers » l'emploi des termes arabes. Ceci peut-être dans l'intention de lui conférer un caractère plus solennel et d'éviter des divorces prononcés à la légère (article 1.134). Peut-être a-t-il pensé que l'emploi indispensable du verbe arabe rendrait l'acte de divorce plus grave et ferait réfléchir les époux. Cette importance attachée à l'emploi des termes arabes a occasionné toute une littérature plutôt grammaticale que juridique ; celle-ci traite la question de savoir si l'emploi de tel ou tel verbe suffit à la formation du contrat (1). On est allé jusqu'à discuter sur la nécessité de l'emploi du temps passé, ou sur l'insuffisance de la forme interrogative.

Quelques-uns perdaient leur temps à discuter la question de savoir si les termes de l'acceptation devaient nécessairement suivre ceux de l'offre, ou s'ils pouvaient les précéder. Nous avons d'ailleurs entre les mains le manuscrit d'un ouvrage qui s'appelle : « Sighé Oghoud » (2),

(1) Mir Fatah, *op. cit.*, pp. 214, 215.

(2) *Les Formules des contrats*, par Ali Ghazvini.

ouvrage écrit en iranien, mais les termes du contrat sont indiqués en arabe.

Avant de passer au chapitre suivant, disons que le formalisme verbal était poussé tellement loin, que l'écrit contenant l'offre et l'acceptation, ne suffisait plus à la formation du contrat. Il fallait nécessairement qu'on prononce les termes du contrat. Signalons que cette prépondérance des paroles était passée dans le domaine des preuves : l'écriture était considérée comme un moyen douteux d'expression, la preuve testimoniale était préférée à la preuve par écrit, l'auteur d'un écrit pouvait toujours contester son authenticité, nonobstant l'expertise. Il y a un adage du droit musulman qui dit : « le papier ne fait point de foi ».

CHAPITRE III

Conception du contrat en droit iranien.

SECTION I. — LA RÉACTION DÉJÀ TRACÉE AVANT LA CODIFICATION.

Déjà avant la promulgation du code civil, une réaction s'était dessinée contre la prépondérance reconnue aux termes du contrat. Certains auteurs avaient tendance à dégager la notion de volonté, qui avait été si malencontreusement négligée. Ce mouvement se fait jour dans différents domaines, mais il n'est dans le fond que l'application de la même idée capitale, à savoir : la résurrection de la volonté.

1° Dans le « moatat », nous avons vu que les auteurs récents du droit musulman, sans avoir l'idée d'assimiler le contrat et le « moatat » au point de vue de leur nature juridique, sont arrivés à lui reconnaître les mêmes effets de transfert de propriété et d'irrévocabilité.

2° Si, en principe, les auteurs reconnaissent l'existence de la volonté dans le cas où quelqu'un a contracté sous l'empire de la violence, et affirment le défaut du seul élément du « consentement », il y en a qui dénie la présence de toute volonté, ces derniers ne peuvent concevoir la distinction faite entre la volonté et le consentement (1).

3° Nous avons vu qu'en vertu de l'idée maîtresse : l'importance des mots, le droit chiite n'admet pas la preuve littérale. Mais, devant la nécessité de la pratique, on a

(1) V. plus loin, p. 136.

fini par reconnaître une certaine importance aux écrits, tant aux actes sous seing privé qu'à ceux conclus par devant notaire. S'il est vrai que l'irresponsabilité des notaires devant l'autorité publique, avait occasionné des désordres souvent déplorables dans les rapports juridiques en Iran, il n'en est pas moins certain que l'intervention de l'écrit et sa force probante, dans une législation où *le mot* occupait la place d'honneur, démontre une certaine tendance heureuse à reconnaître l'efficacité de la volonté.

Cependant, les actes rédigés par devant notaire constataient l'emploi des termes légaux du contrat. Ainsi, un écrit authentique, loin d'avoir une certaine efficacité indépendante, ne pouvait posséder cette vertu que s'il faisait mention du prononcé des paroles. Ajoutons toutefois que, dans les actes sous seings privés, on ne faisait aucune allusion au prononcé des paroles.

SECTION II. — LE RÔLE DE LA VOLONTÉ.

La conception du contrat en droit iranien apparaîtra clairement, si l'on examine le rôle attribué par la loi à la volonté des particuliers. Cette idée est nettement exprimée par l'article 191 du code civil, dans les termes suivants : « le contrat se forme par la volonté de le conclure, à condition que cette volonté se manifeste par un fait quelconque ». Le législateur iranien a reconnu déjà cette force créatrice de la volonté dans les articles 146 et suivants, en matière de « l'occupation » ; dans ce cas, il n'y a qu'une seule volonté qui intervient. L'importance de l'élément de la volonté est mise en relief surtout par l'article 149 en vertu duquel l'intention de s'approprier joue un rôle primordial. Ainsi, s'il n'y avait qu'une seule volonté dans le monde, le mécanisme de l'acte juridique serait simple. La volonté

de cet individu pourrait déployer sa force d'une façon absolue. Mais les choses sont loin d'être aussi simples. Nous avons souvent l'intervention de plusieurs volontés individuelles ; il y a déjà la volonté de l'un d'eux qui a déployé sa force sur un certain objet ; s'il y a d'autres volontés qui veulent agir sur la même étendue, elles se heurteront à un domaine déjà occupé. Pour que ces dernières puissent avoir de l'effet quand même, il faudra le concours de deux volontés. Une fois l'acte conclu, l'une des volontés ne pourra plus revenir sur sa décision, et regagner le domaine qu'elle avait perdu au profit de l'autre volonté (article 219).

Ainsi, la conception contractuelle devra être recherchée en droit iranien dans la « volonté ». Cette volonté ne doit pas nécessairement se manifester par des termes spéciaux, elle pourra s'exprimer de n'importe quelle façon, à moins que la loi ne dispose autrement d'une manière spéciale (article 193). En fait, la liberté de la manifestation de volonté est limitée par la nécessité de la preuve, mais cela ne change en rien au principe.

Le législateur iranien semble avoir fait une distinction entre les paroles et les actes dans les articles 191, 192. Cependant il a reconnu les mêmes effets aux unes et aux autres. Une telle distinction s'explique par des raisons historiques ; en effet, « les actes » matériels ne constituaient pas des contrats proprement dits (1), ils formaient tout simplement des « moatat » avec certains effets limités. Le législateur iranien a maintenu la même distinction, avec cette différence que les anciens « moatat » ne sont que des contrats proprement dits. La façon dont la volonté peut être exprimée perd donc désormais tout son intérêt. Ainsi, la

(1) A l'époque du formalisme.

volonté pourra se manifester par des paroles, des gestes, des signes destinés d'après l'usage à la révéler. Elle pourrait être manifestée de n'importe qu'elle autre manière, à la condition qu'elle exprime la volonté de l'auteur d'une façon non douteuse. De la sorte, la volonté se révèle en droit iranien comme l'élément capital du contrat, contrairement à ce qui se passait en droit chiite, au moins, dans la période qui précédait la promulgation du code. Aujourd'hui, c'est l'intention de son auteur qui confère à une manifestation de volonté son caractère juridique. Il convient de préciser aussi que la recherche de l'intention est une pure question de fait, qui peut s'induire de la déclaration elle-même ou des circonstances qui l'ont accompagnée.

Voilà l'esprit de la loi ; cependant, le terme : « écha » employé dans l'article 191, peut nous faire croire que le législateur iranien a attribué la même importance aux paroles que le législateur chiite. En effet, « écha », dit Sheikh Abdol-karim dans « Doré », sont des paroles par lesquelles on entend créer quelque chose en réalité. L'emploi d'une telle expression s'accordait bien avec l'ancienne conception chiite, en vertu de laquelle il fallait toujours l'intervention des paroles pour la conclusion d'un contrat ; mais cette idée n'est pas en harmonie avec la conception du droit iranien, qui porte toute son attention sur la volonté elle-même. La seule façon de sortir de l'embarras est de nous appuyer sur le même article 191. Car, d'après le dernier paragraphe de l'article, il suffit d'être en présence « d'un fait quelconque » qui révèle la volonté du contractant, sans qu'on ait à spécifier la nécessité de l'intervention des mots. Ainsi, le prononcé des paroles n'ayant pas été nécessaire d'après cet article, le mot « écha » ne doit pas être pris dans le même sens qu'en droit chiite. Ce qu'il faut conserver aujourd'hui

de l'ancienne définition du mot « écha », c'est l'idée de création, qui aura l'avantage de nous servir comme point d'appui pour donner à la volonté son rôle créateur. Ainsi, « ghasd (1) écha » devra être interprété comme dans le sens de la volonté de réaliser l'acte juridique.

Nous avons signalé plus haut l'importance, que le législateur iranien reconnaît à la volonté réelle malgré les paroles exprimées. Cependant, il faut des circonstances de nature à manifester la volonté interne, pour que les tribunaux ne tiennent pas compte des paroles du contrat. Ainsi, le tribunal civil de Téhéran (2), dans un jugement 517, 8, 12, 1308, a décidé qu'il fallait prendre en considération la déclaration de la volonté des parties, malgré la défense, qui invoquait l'apparence du contrat. Il s'agit, en l'espèce, du directeur d'une maison de commerce, sujet anglais, qui a vendu une maison au fils de son employé pour une somme déterminée, ce dernier agissant en qualité de mandataire de son père. L'employé ayant demandé la livraison de la maison, le patron a invoqué l'apparence du contrat, en disant qu'étant dans l'impossibilité de rester propriétaire de l'immeuble comme étranger (3), il avait fait un contrat de vente apparent avec le fils de son employé ; ainsi, il se refusait à exécuter son obligation. Le tribunal n'a pas jugé les circons-

(1) C'est-à-dire, la volonté.

(2) Il n'existe en Iran aucun répertoire de recueil de la Jurisprudence, analogue au Sirey et au Dalloz. C'est pourquoi n'ayant entre les mains que la copie des jugements et arrêts, tels qu'ils nous ont été transmis par des magistrats iraniens, nous indiquerons chaque décision suivant la façon dont elles sont classées, dans les archives des Tribunaux. Ceux-ci n'employaient pas tous la même numérotation, avant ces derniers temps. Ajoutons qu'il existe un répertoire alphabétique de la Jurisprudence de la Cour de Cassation et qu'on est en train de composer un recueil complet des décisions sous la direction de l'actuel ministre de la Justice : Dr. Matine, Daftari.

(3) Voir la loi de 16 Khordad 1310 (1931) sur la propriété immobilière des étrangers.

tances de fait suffisamment démonstratives pour justifier cette allégation. Ainsi, le patron a-t-il été condamné à livrer la possession de la maison à son employé.

La volonté qui sera prise en considération, est celle qui a pour objet l'engagement lui-même, ses éléments essentiels, ses effets principaux. Nous ne voulons pas insister sur ce point, car nous l'avons expliqué dans le chapitre relatif à l'adage : « les contrats dépendent des volontés ». Cependant, un élément secondaire pourra devenir capital, s'il est pris en considération à ce titre par les volontés des parties. C'est dans ce sens que nous pouvons citer le jugement rendu par le tribunal civil de Téhéran, section VII, 236, 18, 6, 38. Il s'agit en l'espèce d'un acheteur de blé, qui demande la restitution du montant du prix, parce que le vendeur n'a pas exécuté son obligation à l'époque fixée par les contractants. Si, dit le juge, en principe, le moment où le débiteur exécute son obligation n'a qu'une importance secondaire, cependant la fixation d'un délai explique le caractère capital que les parties lui ont reconnu ; ainsi la non-exécution dans le délai fixé, ajoute-t-il, a donné naissance au droit de résiliation de l'acheteur. Or, ce dernier, en réclamant la restitution du prix, a usé de sa faculté de résiliation. Ainsi, nous voyons qu'un élément secondaire, d'après la jurisprudence, peut posséder le caractère essentiel, s'il est spécialement envisagé par les contractants.

Il ne faut pas croire que la fixation d'un délai ait pour résultat d'enlever à la partie au profit de qui elle a été faite le droit de demander l'exécution de l'obligation après son expiration. C'est dans ce sens que s'est décidée la cour de Cassation, toutes chambres réunies, par un arrêt rendu 6553, 432, 15, 14, 1311. Il s'agit en l'espèce d'un entrepreneur,

qui s'est engagé à construire une maison dans un délai déterminé ; le travail n'ayant pas été achevé, le propriétaire réclame les frais nécessaires pour achever personnellement la construction, ceci en vertu de l'article 222. La Chambre civile de la cour de Cassation s'étant prononcée en sens contraire aux décisions rendues successivement par les deux Chambres de la Cour d'Appel de Téhéran, la seconde statuant comme cour de renvoi, décisions affirmant que le propriétaire avait le droit de demander l'exécution de l'obligation après l'expiration du délai prévu, la cour de Cassation, toutes Chambres réunies, a décidé que l'engagement de l'entrepreneur d'exécuter la construction dans le délai fixé n'est pas une cause d'extinction de son obligation après l'écoulement de ce délai. Ainsi, l'entrepreneur n'ayant pas voulu achever la construction de la maison, le propriétaire aura le droit de la faire exécuter personnellement aux frais de l'entrepreneur. La cour a confirmé ainsi l'arrêt rendu par les deux Cours d'appel.

Le rôle prépondérant attribué à la volonté, est confirmé par le principe formulé dans l'article 10 du code civil et par les dispositions du code relatives aux conditions (article 232 et suivants). Le législateur a indiqué, dans ces deux articles, qu'on ne pourrait insérer certaines clauses particulières dans les contrats ; d'où il résulte *a contrario* qu'on peut stipuler toutes sortes de clauses, sauf celles dont la nullité a été prévue par le législateur.

Malgré l'existence du principe : « les contrats dépendent des volontés », le principe de la liberté contractuelle n'était respecté que timidement en droit chiite. En effet, les auteurs islamiques, mêmes les plus récents d'entre eux, cherchaient la source de tous les droits dans le Coran et les Sunnates. Ainsi, c'étaient seulement les contrats ou les ac-

tes prévus par le législateur qui avaient la vertu de produire des effets juridiques. Etant donné le nombre limité de ces actes, tous les liens juridiques en dehors des cas prévus restaient inefficaces. Cependant, les praticiens ne manquaient pas de déroger à l'esprit de la doctrine, en se servant de subterfuges pour échapper à cette limitation des moyens juridiques imposée par le législateur :

a) les parties pouvaient former un rapport juridique en lui prêtant la forme d'une clause stipulée dans un contrat prévu, souvent fictif. Ce contrat fictif était la « transaction », acte qui a suivi une profonde évolution au cours de son existence, par suite des nécessités pratiques ;

b) on se servait du contrat de transaction pour atteindre le but qu'on s'était proposé ; ce second moyen diffère du premier en ce que le but, étant conforme à l'objet même de la transaction, on n'avait pas besoin de faire intervenir un contrat fictif.

C'est dans le même ordre d'idée que le code civil iranien a institué sous la forme du contrat de transaction, la vente temporaire ou viagère (article 768) : « Dans le contrat de transaction, l'une des parties peut s'engager contre ce qu'elle reçoit, à payer une pension annuelle ou mensuelle à une autre. Cet engagement peut être pris au profit de l'autre partie ou plusieurs tierces personnes. »

Article 769 : « On peut indiquer dans cet engagement que, quelle que soit la personne au profit de laquelle il a été institué, la pension passera à ses héritiers après la mort du bénéficiaire. » Ces articles ont été rédigés sous l'influence d'une sorte de prudence de la part du législateur ; autrement, même à défaut de ces dispositions, la possibilité d'avoir recours à un tel acte, sans qu'il prenne la forme

du contrat à transaction, reste indiscutable. Car, en vertu de l'article 10, on peut, en principe, conclure toute espèce de conventions sans qu'il y ait de différence entre celles qui sont prévues expressément par le code et celles qui ne le sont pas.

La Cour de Cassation a reconnu la validité d'une convention, par laquelle une personne s'était engagée à administrer les affaires d'une autre, pour une durée de 2 ans, moyennant un salaire déterminé. Le gérant ayant demandé son salaire, l'autre partie a refusé en se réfugiant derrière le fait que l'acte passé ne rentrait pas dans le cadre des contrats prévus par le législateur. La Cour d'appel n'a pas tenu compte de cet argument du défendeur et l'a condamné à payer le montant du salaire. La Cour de Cassation, par un arrêt 11.143, 415, a confirmé la solution admise par la Cour d'appel, en s'appuyant sur les articles 10, 214 et 215 du code civil.

Cependant, le jugement rendu par la Justice de Paix de la municipalité de Téhéran 224, 36, azar 1.311, a essayé d'établir une différence entre les conventions qui ne rentrent pas dans l'énumération du code civil ou du droit chiite, et celles qui y sont prévues. Il s'agit, en l'espèce, de l'engagement, pris par un directeur de spectacles, de payer une certaine somme à une artiste, en ajoutant le paiement d'une somme relativement importante, au cas où l'une des parties ne remplirait pas son obligation, à titre de dommages et intérêts. Le directeur n'ayant pas payé l'artiste, cette dernière l'a cité devant la justice de paix en paiement des dommages et intérêts qui étaient presque six fois plus importants que la dette principale. La justice de paix n'a pas pris en considération les dommages et intérêts conventionnels, en invoquant leur caractère exagéré

par rapport à l'obligation principale. Pour justifier cette solution, le juge a dit que la convention conclue par le directeur du théâtre, ne pouvant pas rentrer dans l'énumération du code civil ou du droit chiite, n'a pas la même force que celles qui y sont prévues. La force de cette convention prenant sa source dans l'usage, ajoute le jugement, c'est au même usage qu'on devra avoir recours pour voir si le montant des dommages et intérêts est exagéré ou non. Ce jugement, quoique équitable, appelle quelques critiques.

1° L'article 10 ne fait aucune distinction entre les contrats prévus et ceux qui ne le sont pas dans le code civil ; dès lors pourquoi cette différence entre les deux ? 2° Après la promulgation du code, les tribunaux doivent justifier leur jugement par les dispositions du code ; ils ne doivent plus chercher à s'appuyer sur des dispositions de droit chiite « chare ».

Le seul moyen pour expliquer cette solution équitable était de recourir au caractère exagéré des dommages et intérêts, pour proclamer que les parties, vu cette circonstance, n'avaient pas réellement l'intention de s'engager pour cette somme ; elles voulaient tout simplement faire un engagement comminatoire ; écartant la volonté réelle des parties, on pourra se refuser à appliquer le montant des dommages et intérêts conventionnels, et condamner le directeur à payer des dommages et intérêts proportionnels au montant de l'engagement principal. Cette attitude était d'autant plus indiquée, que la justice de paix juge en principe, suivant des règles d'équité.

Le tribunal de première instance de Téhéran, section VIII, dans un jugement 22, 5, 1.315 est arrivé au même résultat, mais pour d'autres raisons : il a condamné le débiteur d'une somme d'argent aux dommages et intérêts, en ajou-

tant que la condamnation de ce dernier ne peut dépasser le taux légal, ceci pour des raisons d'ordre public reconnues aux dispositions sur l'intérêt (1) ; une telle justification nous paraît plus rationnelle.

Le tribunal de première instance, section VII, dans un jugement rendu 409, 3, deï, 1.308 a pris la même attitude dans une affaire analogue tout en se justifiant par un argument autrement solide que celui de la justice de paix. Il s'agit en l'espèce de deux parties en litige, qui s'étaient engagées à verser la somme de 5.000 tomans dans le cas où l'une d'elles ne se soumettrait pas à la sentence rendue par l'arbitre désigné par elles. Seulement, l'arbitre n'ayant pas rendu sa sentence dans le délai fixé, elles ont fait un autre acte, afin de renouveler les pouvoirs de l'arbitre. La sentence rendue, l'une des parties ne l'ayant pas exécutée, l'autre a demandé le versement de la somme engagée. Le tribunal ayant trouvé le montant de l'engagement relativement exagéré, a trouvé un moyen ingénieux pour ne pas prendre en considération la clause visant les dommages et intérêts. Il a débouté le demandeur en s'appuyant sur le fait que l'engagement des dommages conventionnels n'ayant pas été inséré dans l'acte de prolongation des pouvoirs, ne pouvait engager les parties, dans le cas où l'une d'elles se refuserait à exécuter la sentence.

SECTION III. — LE PROCÉDÉ TECHNIQUE DU CONTRAT ; APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES.

Nous avons vu que le droit iranien a voulu supprimer ce formalisme verbal, qui existait sous son aspect le plus

(1) Voir la loi sur l'enregistrement et la loi sur la célérité de la justice.

rigoureux en droit chiite. Nous avons vu aussi que, d'après le législateur iranien, le contrat n'est plus fondé sur sa forme extérieure, il s'appuie plutôt sur le fait intérieur qui s'appelle l'accord de volonté des parties ; ceci parce que le code civil n'a pas voulu que l'individu soit limité dans ses efforts par la rigidité du formalisme.

Ainsi, le consentement donné verbalement ou par écrit, expressément ou tacitement, bref, de n'importe quelle façon, s'il manifeste clairement l'intention des contractants, est suffisant pour lier son auteur. Il est indiscutable que le consensualisme constitue un progrès certain sur le formalisme ; le but du droit est toujours de se calquer le plus possible sur la réalité. Il est cependant évident que le consensualisme ne peut exister sans tempérament. C'est pourquoi la loi de 1308 (1930) a introduit l'obligation de procéder à l'enregistrement officiel de certains actes, pour réduire le nombre des actions immobilières dont la fréquence paralysait la marche normale des autres affaires, et pour créer des actes authentiques faisant foi jusqu'à inscription de faux. Les avantages de cette institution sont ceux qui s'attachent à tout système formaliste, c'est-à-dire de donner une plus grande sécurité aux parties et aux tiers. Ainsi, une multitude de contestations et de procès serait définitivement évitée, c'est pourquoi nous croyons, malgré nos idées consensualistes, à tous les bienfaits indubitables de la loi sur l'enregistrement.

Déjà, avant la loi de 1308, la loi du 21 hamal 1302 (1) avait établi des registres tenus par des fonctionnaires chargés d'y inscrire les actes que les parties contractantes leur

(1) V. Matine Daftari, pp. 195 et ss.

présentaient. Cet enregistrement donnait le caractère authentique et exécutoire aux actes portés sur le registre.

De telles dispositions ne pouvaient être de nature à assurer la sécurité et prévenir les fraudes dans les rapports entre les particuliers, car ce n'était pas devant un officier public que les actes étaient conclus, mais en présence de chefs religieux dépourvus de toute responsabilité. Or, il ne faut pas chercher de l'ordre là où la responsabilité est absente. D'ailleurs, l'enregistrement des actes n'étant pas à ce moment-là obligatoire, les particuliers se refusaient souvent à les porter au registre officiel. Pour remédier à ces inconvénients, une loi de baman 1307 (1929) a chargé le Ministère de la Justice de nommer dans chaque circonscription un certain nombre de notaires privés. Ces derniers sont assistés de fonctionnaires délégués du bureau de l'enregistrement.

Afin de rendre l'enregistrement de certains actes obligatoire, la loi de 1308 l'a imposé dans certains cas exceptionnels, où l'importance de l'acte exige qu'on assure un certain mode d'administration de la preuve.

C'est la loi de 1310 sur l'enregistrement, qui a reproduit les dispositions de la loi de 1308, dans les articles 46 et suivants qui régissent aujourd'hui la matière. L'article 46 de cette loi est conçu dans les termes suivants : « l'enregistrement est facultatif, sauf dans les cas suivants : 1° les contrats qui ont pour objet le droit réel ou la jouissance d'un immeuble inscrit sur le registre foncier ; 2° les contrats qui ont pour objet un droit particulier, inscrit sur le registre foncier ».

Ainsi, d'après l'article 46, est rendu obligatoire l'enregistrement de tous les actes portant sur des droits immobiliers.

L'article 47 ajoute « que le Ministre de la Justice peut

rendre l'enregistrement des actes suivants obligatoire, dans les circonscriptions où cette mesure sera considérée comme opportune : 1° les contrats qui ont pour objet le droit réel ou la jouissance des biens immobiliers, non inscrits dans le registre foncier ; 2° la transaction, la donation, la société ».

Il ne faut pas croire que « sabt » : « l'enregistrement, soit un simple enregistrement du genre de celui qui se pratique pour certains actes en France. En fait, l'acte est conclu par devant le préposé du registre, qui ne peut enregistrer l'acte qu'après avoir vérifié l'état civil et les qualités des parties. Les actes enregistrés dans ces conditions ne possèdent pas seulement date certaine ; ils sont considérés comme des actes authentiques et produisent leur effet jusqu'à l'inscription de faux. L'article 48 ajoute que les actes, dont l'enregistrement a été rendu obligatoire par les articles 46 et 47, ne pourront pas être « reçus » par les tribunaux et les administrations publiques, s'ils ne sont pas soumis à cette formalité. Le législateur se montre très timide dans les termes employés dans cet article : n'ayant pas voulu aller jusqu'à proclamer leur nullité, il s'est servi du terme « irrécusable », ce qui s'explique bien de la part d'une législation non formaliste.

L'origine de cette institution de « sabt » doit être cherchée dans les lois françaises ; en effet, de telles dispositions ne se trouvaient pas dans les lois chiites, d'autant plus que le droit chiite était très méfiant envers toute preuve littérale. Cependant, les notaires religieux, avant même qu'on instituât le bureau de l'enregistrement, avaient l'habitude de tenir des registres particuliers, dans lesquels ils enregistraient les actes conclus par devant eux ; ceci, dans l'ordre chronologique.

Il y a lieu d'ajouter à l'énumération que nous avons don-

née plus haut, la convention de compromis, qui rentre plutôt dans le cadre de la procédure civile, pour la formation de laquelle le législateur a fixé une certaine formalité.

L'arrêt de la cour de Cassation 888, 31, mordad, 1307, est dans le sens que nous venons d'indiquer. La cour a cassé le jugement du tribunal de première instance statuant en appel en se fondant sur le fait que l'acte de compromis n'avait pas été dressé dans les formes indiquées par les articles 759 et 762 du code de procédure civile : en particulier, il y manquait la signature de l'arbitre.

Etude de la jurisprudence relative à l'enregistrement des actes. Avant la promulgation du code civil, les tribunaux étaient très formalistes et attachaient une grande importance aux termes employés dans le contrat. Après la promulgation du code jusqu'au vote de la loi de baman 1308, qui a rendu l'enregistrement de certains actes obligatoire, aucune formalité n'existait pour la formation des contrats. A ce moment-là, les tribunaux se sont montrés très larges pour se mettre d'accord avec l'esprit consensualiste du code civil.

Ainsi, la Cour d'appel de Téhéran, dans un arrêt rendu 259, 6, mar 1308, a confirmé le jugement du tribunal de première instance de Téhéran, reconnaissant la validité d'un simple écrit, par lequel un propriétaire louait une partie d'une boutique à une personne ; ce simple écrit a pu produire son effet à l'encontre d'un tiers qui possédait un titre passé par devant le notaire. Une telle solution s'expliquait à ce moment-là, par le caractère facultatif de l'enregistrement des actes ayant pour objet un droit immobilier quelconque. Le tribunal s'est appuyé sur l'antériorité de la date du simple écrit, par rapport à l'acte passé devant notaire.

Devant les multiples procès occasionnés par le défaut de

date certaine, la loi de baman 1308 est intervenue. Désormais, les tribunaux devront ne tenir aucun compte des actes qui ne sont pas conclus dans les formes prévues.

C'est dans ce sens que nous pouvons citer le jugement 15, 65, 18, 4, 1314 rendu par le tribunal civil de Téhéran, section IV, II qui a déclaré inefficace un nantissement sur un immeuble, faisant l'objet d'une réquisition de l'inscription sur le registre foncier. Ceci, parce qu'il y avait un autre contrat de vente conditionnelle ou nantissement, dont le contenu était porté sur le registre immobilier.

Dans un autre jugement 27 tir 1315, le tribunal civil de Téhéran a débouté le Ministère des Finances dans sa réclamation de paiement de loyer d'un domaine ; ceci parce que l'acte de louage n'avait pas été enregistré en vertu des dispositions des articles 47 et 48. Ainsi, quelles que soient les parties contractantes, l'acte non enregistré ne pourra produire aucun effet, s'il ne répond pas aux conditions requises pour la validité des actes immobiliers.

Un autre jugement a été rendu dans le même sens par le tribunal civil de Téhéran, section V, 46, 26, 3, 15.

Nous avons indiqué un peu plus haut que le législateur n'a pas déclaré nul un acte qui n'a pas été passé dans les formes prévues par le législateur ; il s'est tout simplement borné à proclamer son irrecevabilité. Cependant, nous avons entre les mains un jugement très instructif qui montre bien dans quelle mesure la jurisprudence tient compte du défaut d'enregistrement.

Le tribunal civil de Téhéran, section IV, 77, 3, 4, 15, a décidé que l'acte non enregistré n'est pas complètement formé. Il s'agit dans l'espèce d'un courtier qui réclame le paiement de son droit de commission, en s'appuyant sur

son livre de commerce. Le contrat déjà conclu avait pour objet un droit immobilier, donc soumis obligatoirement à l'enregistrement. Le tribunal a débouté le courtier dans sa demande, parce que l'acte, quoique conclu, n'ayant pas été enregistré, n'était pas complètement formé. Or, d'après l'article 348 du code de commerce, le courtier n'a pas le droit de réclamer sa commission tant que le contrat n'a pas été complètement formé par son intermédiaire. Ainsi, d'après ce jugement, l'enregistrement de l'acte fait partie des conditions de validité du contrat. Voilà dans quelle mesure notre jurisprudence a sanctionné le défaut d'enregistrement.

Cependant, la Cour de Cassation a une tendance légitime d'apporter un certain tempérament à l'application brutale de l'article 47. Ainsi, par un arrêt 11316, 629, 26, 3, 13, elle a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel de Tabriz, qui invoquait l'article 47 de la loi sur l'enregistrement, pour ne pas prendre en considération un titre relatif à un immeuble, qui n'avait pas été passé par devant les notaires officiels ; ceci, parce que le communiqué du Ministère de la Justice, rendant obligatoire l'enregistrement des actes ayant pour objet des immeubles, visait la ville de Tabriz même et non pas le faubourg où était situé l'immeuble en question. Cet arrêt se justifie par le souci légitime d'éviter l'application brutale d'une prescription législative, susceptible de porter préjudice aux tiers.

TROISIEME PARTIE

Application de la conception du contrat en droit iranien.

Dans cette dernière partie, nous allons étudier les applications de la nouvelle conception contractuelle en droit Iranien. Un premier chapitre sera consacré à l'étude de l'application du principe d'une façon générale dans la formation du contrat. Un second chapitre sera réservé à ses applications particulières, qui diffèrent des solutions données par le droit chiite. Dans un troisième chapitre, nous examinerons les dispositions particulières du code qui ne sont pas en accord avec la nouvelle conception contractuelle (1).

(1) V. plus haut, p. 100.

CHAPITRE PREMIER

La formation du contrat.

SECTION I. — DISTINCTION DE LA VOLONTÉ ET DU CONSENTEMENT.

L'étude des articles 191 et suivants nous amène à constater que le législateur fait une distinction entre la volonté et le consentement. Pour comprendre cette distinction, qui se révèle dans le cas où le contrat a été contracté sous l'empire de la violence, nous allons tout de suite faire l'examen de cette hypothèse.

Avant de passer à l'étude de la violence, nous croyons toutefois bon de faire une observation qui nous facilitera la compréhension de cette question.

En droit chiite, la volonté aurait existé, du moment qu'elle s'était porté sur le fait même du prononcé des termes employés, et leur signification étymologique, ceci à la suite de la prépondérance qu'on attachait aux paroles et du fait qu'on ne prenait pas en considération la volonté interne. D'après l'article 191, au contraire, il faudra que la volonté se porte surtout sur la réalité juridique des paroles prononcées. Ainsi, quand un contrat se forme par le prononcé de mots, il faut qu'il y ait une volonté portant d'abord sur les termes eux-mêmes ; en second lieu sur leur sens étymologique ; en troisième lieu, sur la réalité juridique de l'acte ; par exemple, quand je dis : « je vous ai vendu », je dois posséder ; la volonté correspondant aux mots « *je vous ai...* » ensuite la volonté portant sur la signification de *vendre* et enfin sur la *réalité juridique*, c'est-à-dire sur

le transfert de propriété. De toutes ces explications, nous pouvons conclure que tandis qu'en droit chiite, une volonté portant sur les deux premiers éléments : l'existence matérielle et le sens étymologique de l'acte, aurait suffi en droit iranien, il faudra, en dehors d'une volonté portant sur ces deux éléments, celle qui s'adressera à la portée juridique des termes employés. Cependant, le législateur est en contradiction avec lui-même quand il fait une distinction entre le consentement et la volonté, comme nous allons le voir dans le paragraphe suivant.

La liberté du contractant n'est jamais absolue. Très souvent, la personne, en contractant, agit sous l'impulsion d'un besoin, sous l'emprise d'une nécessité. En général, les circonstances l'obligent à contracter : sa situation est commandée par les circonstances dans lesquelles il se trouve, par l'exigence de ses intérêts. D'autres fois, les contractants sont obligés d'accepter les conditions de l'autre partie, dont la situation économique est beaucoup plus forte et lui permet d'imposer ses conditions. Dans ces cas, la liberté de décision est influencée par les circonstances, mais ce sont des circonstances parfaitement prévisibles, découlant de la vie en société elle-même. Mais il y a des cas où l'une des parties, par le fait de l'autre ou d'un tiers, serait mise dans une situation qui la force à contracter. Vouloir obtenir une décision par la force ou par la menace est un fait que toute conscience réprouve. C'est pourquoi le code civil accorde une protection à la victime, tout en supposant que la volonté existe néanmoins chez elle.

Un individu qui appréhende un mal qui le menace, lui-même ou les siens, ne possède plus de volonté, croyons-nous ; car il n'a plus, en général, l'intention par exemple de transférer la propriété, s'il s'agit de la vente d'un bien.

Il prononce les termes de la vente ayant conscience de ce qu'il dit, tout en ne voulant pas créer des effets de droit par les formules qu'il emploie. Il est exactement dans la même situation que celui qui, en plaisantant, dira : « je vous vends cette maison », sans qu'il entende créer un effet juridique, tout en ayant, dans un cas comme dans l'autre, la conscience de ce qu'il dit. Voilà pourquoi nous sommes amené à proclamer que, contrairement à la conception du code civil, il n'y a pas de volonté chez celui qui contracte à la suite d'une violence exercée contre lui. Ainsi, si nous voulons faire l'analyse de la situation du contractant, il faut dire que celui qui subit une violence, consent à prononcer les termes du contrat, ou à faire semblant d'extérioriser sur une pensée qu'il n'a pas, pour éviter d'exposer sa personne ou ses biens au mal qu'il craint. S'il est vrai de dire qu'en choisissant entre deux maux il a choisi le moindre en prononçant les termes du contrat, ou en extériorisant une pensée qu'il n'a pas, il est erroné de croire qu'il préfère contracter juridiquement l'obligation qu'on lui extorque ; en effet « contracter » n'est pas la même chose que « prononcer les paroles du contrat », ainsi dans le cas de violence, il n'y a, croyons-nous, en principe, aucune volonté chez le contractant. Alors, d'où vient cette conception du code civil ? de ce que les rédacteurs du code, en rédigeant ce point, ont oublié qu'ils avaient changé la conception contractuelle du droit chiite, en en formulant une nouvelle dans l'article 191. En admettant une telle solution, ils ont pris la « volonté » dans le même sens que celui que lui donnait le droit chiite, c'est-à-dire, la conscience des termes du contrat et de leur signification étymologique. S'il est vrai qu'on peut légitimement dire que la volonté existe chez celui qui a contracté à la suite d'une violence,

avec cette façon d'interpréter les choses, il n'est pas moins certain que la volonté n'existera pas dans le sens qu'aurait voulu consacrer le code civil dans l'article 191 (1).

SECTION II. — LA VOLONTÉ UNILATÉRALE ET LA STIPULATION POUR AUTRUI.

Cette section sera divisée en deux paragraphes ; dans un premier paragraphe nous examinerons la volonté unilatérale et dans un second la stipulation pour autrui qui n'est que la suite logique du premier problème.

§ 1^{er}. — Nous avons vu, dans la première partie de notre ouvrage, que le droit chiite reconnaissait la validité de certains engagements unilatéraux, qui s'appelaient « igkhate », et n'étaient que des actes unilatéraux. Nous avons expliqué pourquoi une telle solution ne soulevait aucune difficulté en droit chiite. Nous avons montré le caractère unilatéral attribué à certains actes du code civil entre autres « djoalé », contrairement à la conception du code civil, qui les considère comme des contrats. La possibilité de l'acte unilatéral pourrait servir d'argument principal à notre opinion, qui consiste à dire qu'une seule volonté peut avoir une certaine valeur au point de vue juridique. Il est vrai que les rédacteurs du code ont hésité à reconnaître le caractère d'acte unilatéral à « djoalé », parce qu'ils n'étaient sûrs de leur doctrine sur ce point, mais en réglementant cet acte, ils ont admis indirectement la même conception que la nôtre, puisqu'il s'agit d'un acte adressé souvent à une personne indéterminée ; qu'importe le nom qu'on lui prête, si nous pouvons trouver la trace dans nos théories

(1) Nous n'insistons pas davantage sur ce problème, car la question sera reprise plus à fond dans le chapitre III de cette partie.

de l'esprit même du code. Ainsi, bien que notre code ne se soit pas prononcé d'une façon formelle sur la possibilité de l'engagement pris par une seule volonté, en nous appuyant sur les dispositions de « djoalé », il sera facile de conclure à sa validité ; seulement, faut-il conclure à la fragilité de l'offre d'une façon générale, par analogie à la solution donnée à propos de « djoalé » ? Nous ne le croyons pas, car la fragilité de cet acte vient de ce qu'il ressemble beaucoup au contrat de mandat qui est essentiellement révocable d'un tel acte, et bénéficier de sa validité de principe, afin de pouvoir en déduire la validité de l'acte unilatéral. Voilà la solution que nous proposons en nous fondant sur l'esprit de notre code civil. Nous aurions abouti à la même solution si nous avions voulu tenir compte des considérations d'ordre pratique, se rattachant à l'utilité que la validité d'un acte unilatéral pourrait présenter particulièrement en droit commercial.

Ne pourrait-on invoquer certains textes du code civil qui confirmeraient la thèse que nous venons de soutenir ? En premier lieu, l'article 808 du code civil qui est conçu dans les termes suivants ; lorsqu'un des deux co-propriétaires par indivis d'un immeuble divisible transfert, avec l'intention de vendre, sa part à un tiers, l'autre co-propriétaire a le droit de se l'approprier, en versant au vendeur le prix payé par l'acheteur ». Ce droit s'appelle « droit de préemption ». On pourrait donc dire : si une volonté peut engager une autre personne, à plus forte raison, il lui sera loisible de s'engager elle-même. Cet argument pourrait être réfuté, car il ne faut pas oublier que nous sommes en l'espèce devant une disposition légale, déclenchée par un acte volontaire de l'homme. Or, en raisonnant comme nous l'avons fait,

nous pouvons trouver des engagements par manifestation unilatérale dans la plupart des obligations légales.

On pourrait invoquer aussi les articles 289 (1) et suivants du code, sur la remise de dette. En effet, si quelqu'un peut par sa propre volonté éteindre un droit à son profit, ce qui ne serait en d'autres termes, que la donation de son propre droit à son débiteur, pourquoi ne serait-il pas en mesure de s'engager personnellement, en soumettant l'existence de son engagement à l'acceptation de l'autre partie ?

On pourrait aussi s'appuyer sur les textes des articles 196 et 768 (2), qui régissent la stipulation pour autrui. Le stipulant demande à son co-contractant de s'engager à faire telle chose, généralement à payer une certaine somme ou à servir une certaine rente au profit d'un tiers bénéficiaire. Dans une telle opération, le promettant se trouve engagé envers le tiers bénéficiaire sans que ce dernier figure dans le contrat. Pour expliquer l'efficacité de l'engagement du promettant, il faut admettre, préalablement, la validité de l'engagement par volonté unilatérale.

Ne pourrait-on chercher le fondement de l'efficacité unilatérale dans la toute puissance de la volonté qui se dégage *a contrario* de l'article 959 (3) du code civil ? En effet, l'article 959 peut vouloir dire *a contrario* qu'on peut aliéner ses droits ou renoncer à ses droits, aussi bien par l'acte unilatéral que par un contrat. Ce raisonnement est incomplet et appelle nécessairement cette réciproque : si par hypothèse aucun autre élément n'est intervenu, on sera libre de reprendre sa liberté s'il n'y a pas d'autre fait qui puisse

(1) « La remise de dette est la renonciation volontaire du créancier à son droit »,

(2) voir p. 105.

(3) « Personne ne peut renoncer totalement ou partiellement à la jouissance ou à l'exercice de ses droits civils ».

mettre fin à cette liberté. C'est donc l'intervention d'une volonté également libre, qui tient pour acquis ce qu'on lui propose.

Pour répondre à ces arguments de texte, on pourrait invoquer d'autres dispositions de notre code, inconciliables avec la théorie que nous avons soutenue.

Tout d'abord le titre de la partie 2 du code civil, considérée comme donnant une énumération limitative des sources des obligations ; dans aucune d'elles on ne peut faire entrer l'acte unilatéral de volonté. Seulement cette argumentation est un peu forcée, car le législateur iranien n'a pas déclaré que l'énumération qu'il donnait des sources des obligations était limitative, et il semble que telle n'était pas son intention.

On pourrait se fonder sur l'article 795, d'après lequel la donation ne se forme qu'après l'acceptation et la mise en possession du donataire. Cet article pourrait être invoqué comme une affirmation que la seule offre du donateur ne saurait créer aucun lien juridique.

Tous ces textes jetés dans le débat ne nous amènent pas, toutefois, à beaucoup de précision. Nous croyons que ce sont seulement les considérations d'ordre pratique qui nous permettent de reconnaître la validité des actes unilatéraux. Mais si nous nous engageons dans cette voie, nous serons arrêtés au nom de la pratique des affaires elle-même, qui viendra étroitement limiter l'application de cette idée. C'est dans le même esprit que les législations modernes ont consacré le principe de l'engagement par manifestation d'une seule volonté. L'article 305 du code civil allemand est conçu dans les termes suivants : « Sauf dispositions contraires, un contrat est nécessaire entre les parties intéressées

et pour l'établissement d'une obligation par acte juridique ». Le code allemand reconnaît 4 exceptions : la fondation, l'offre de contracter, la promesse de récompense, et les titres au porteur. Nous connaissons toutes ces exceptions dans notre législation, sauf l'offre de contracter. Il sera opportun de l'envisager aussi dans un texte législatif. L'une des applications de l'engagement par manifestation unilatérale de volonté est consacrée par les articles 557 à 561 du code civil allemand, et l'article 561 du code civil iranien. Il est curieux de rencontrer une disposition analogue en ce qui concerne le droit de révocation reconnu au promettant jusqu'à l'accomplissement de l'acte, cela parce que la promesse de récompense est en principe un engagement envers une personne indéterminée. Cependant la solution du code civil iranien est plus générale, car elle comprend aussi bien le cas où le promettant s'adresse à une personne indéterminée, qu'à une personne déterminée. Si on peut comprendre la raison du droit de révocation reconnu au profit du promettant, quand la personne à qui la promesse a été adressée n'est pas déterminée, on ne pourra pas expliquer la même solution quand elle est déterminée. C'est pourquoi nous croyons qu'il faut enlever le droit de révocation du promettant dans cette dernière hypothèse.

Il y a une lacune dans le code civil iranien qu'il faudra combler. Dans le code civil allemand, la révocation, pour être valable, doit être faite dans la même forme que la promesse, aucune disposition de ce genre ne se trouve dans le code civil iranien, pourtant sa nécessité ne laisse aucun doute.

Le projet de Code franco-italien des obligations décide,

dans son article 60 que « la promesse unilatérale, si elle est faite par écrit et si sa durée n'est pas indéterminée, oblige son auteur aussitôt qu'elle est arrivée à la connaissance de la personne à laquelle elle est destinée, à moins que celle-ci ne refuse ».

§ 2. — Puisque les contrats sont formés par l'accord des volontés individuelles, il semble nécessaire que ces volontés ne puissent être invoquées que par les parties contractantes elles-mêmes. Et c'est en effet ce qu'affirme l'article 231 du code civil. Cependant la dernière partie de cet article, semble être en contradiction avec la première ; qu'un contrat puisse avoir de l'effet à l'égard des parties contractantes, c'est indiscutable ; mais comment pourra-t-il avoir de l'effet à l'égard des ayant-cause ? Sans doute, les héritiers sont-ils considérés comme des ayant-cause du défunt. Pourtant il n'y en a pas moins là une atteinte au principe d'après lequel, chacun ne s'engage que de sa propre volonté. Une autre atteinte bien plus grave vient de l'article 196, d'après lequel le contrat devient ainsi un système juridique, où figure comme bénéficiaire un personnage étranger. L'article 768 (1) est encore une autre atteinte visible portée au principe.

Pour peu que l'on poursuive cet examen, on pourrait se demander comment un tiers pourrait tirer bénéfice dans le cas de substitution de l'article 292 § 3 (2) ? on peut encore citer l'article 498 du code, en vertu duquel : « si la chose louée est transférée à une autre personne, le bail continue à subsister ». Citons aussi l'article 454 : « si l'acheteur loue la chose vendue et la vente vient d'être résiliée, le

(1) V. plus haut, p. 105.

(2) « Lorsque le créancier cède sa créance à un tiers... », c'est l'un des cas où la novation se réalise.

bail ne sera point annulé... » Et nous pouvons aussi citer l'article 808 qui envisage l'hypothèse du droit de préemption (1). On peut indiquer encore comme exemple la vente de la chose d'autrui qui est confirmable, quoiqu'elle constitue l'une des incohérences de notre code, comme nous le verrons au cours de notre troisième partie, chapitre III.

Ces effets sont créés par la loi de sa propre autorité, à l'occasion de certains contrats, ils pourraient s'expliquer par des principes d'équité et d'utilité sociale. D'ailleurs, la jurisprudence a eu l'occasion de reconnaître la validité de la stipulation pour autrui, par un jugement du tribunal civil de Téhéran numéro 631 15 aban 1307. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une transaction gratuite, comportant la clause stipulant une rente viagère au profit d'un tiers.

Il y a lieu de faire une comparaison entre l'article 45 du projet de code franco-italien des obligations, et l'article 196 du code iranien. L'article 45 du projet de code franco-italien des obligations a renversé la règle qui énonçait la défense de stipulation pour autrui, en édictant que : « chacun peut stipuler pour autrui, en son propre nom, à condition qu'il ait un intérêt moral ou matériel à l'accomplissement de cette obligation ». En comparant cet article à l'article 196 du code iranien, on conclut : premièrement que l'article 196 est, dans une certaine mesure, formaliste puisqu'il a permis la stipulation pour autrui, à condition qu'elle ait été faite sous la forme d'une clause d'un contrat fait pour lui-même ; tandis que d'après l'article 45, on peut stipuler pour autrui d'une façon directe, sans qu'on ait besoin de le faire sous la forme d'une clause introduite dans un contrat ; deuxièmement, l'article 196 ne comporte pas le pas-

(1) Voir plus haut, p. 120.

sage « l'orsqu'on a un intérêt personnel, matériel ou moral à l'exécution de l'obligation ». La nécessité de faire intervenir un contrat principal n'est qu'une survivance historique, qui devrait normalement disparaître, étant donné l'esprit de l'article 10. Il y a lieu, croyons-nous, de refaire l'article 196 sur le modèle de l'article 45 du projet de code franco-italien des obligations.

SECTION III. — LA VOLONTÉ ET SES RAPPORTS AVEC « L'OBJET ET LA CAPACITÉ ».

I. — Une volonté sans objet est une volonté sans contenu, et par suite la négation de toute volonté. L'objet de la volonté doit être déterminé, cette détermination doit avoir en vue :

1° La relation juridique créée par l'obligation ; il faut qu'on puisse dire s'il s'agit, par exemple, d'une vente ou d'une donation (article 194).

2° L'espèce de l'objet sur lequel porte le contrat (article 342) (1).

3° La quantité (article 342).

Un engagement qui ne répondrait pas à ces conditions n'aurait aucune valeur, parce que l'acte de volonté serait imparfait et inachevé. Nous voyons ainsi que la condition de l'objet découle d'une analyse de l'acte volontaire.

Nous n'avons pas l'intention d'insister beaucoup sur ce point, nous allons citer seulement quelques exemples de jurisprudence de nature à préciser la validité des contrats ayant

(1) « La quantité, l'espèce, la qualité de la chose vendue doivent être déterminées... ».

un objet futur. Cette jurisprudence est d'autant plus intéressante qu'elle est, dans une certaine mesure, contraire au texte de l'article 361 (1), d'après lequel l'objet de la vente doit exister s'il s'agit d'un corps certain.

Ainsi, la Cour d'Appel de Korassan, dans un arrêt de 10663, 540, 1314, 3, 14, a décidé que la convention ayant pour objet un tapis déterminé par son genre et ses particularités, est valable quoique ce tapis n'existât pas au moment de la conclusion de cette convention. La jurisprudence a donc abouti à valider les contrats ayant pour objet des choses futures ; cependant, l'article 351 (2) réservait la détermination *in genere* à la vente d'une chose qui existe en nombreux exemplaires. Cette décision de la Cour se justifie par les besoins du commerce. Il est vrai que cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Cour de Cassation ; mais, ceci, pour des raisons autres que celles qui avaient déterminé la solution de la Cour d'Appel. Cependant la jurisprudence continue avec raison à exiger la détermination de l'objet pour que l'acte volontaire soit parfait. Ainsi, le tribunal de première instance de Téhéran, section 2, par un jugement numéro 30, 13, 2, 1311, a prononcé la nullité de la vente d'un terrain, parce que la détermination des trois limites de celui-ci devait être, d'après le contrat, faite ultérieurement par un tiers. Le tribunal s'est fondé, pour justifier cette solution, sur l'article 342 d'après lequel la quantité, l'espèce, la qualité de l'objet de la vente doivent être déterminées.

(1) « Si dans la vente d'un corps certain, il est établi que l'objet de la vente n'existe pas au moment de la conclusion du contrat, la vente est nulle ».

(2) « Si la chose vendue est *in genere*, c'est-à-dire si elle existe en de nombreux exemplaires, la vente n'est valable que si l'on en a déterminé la quantité, l'espèce et la qualité ».

2. — Nous n'avons pas l'intention de nous étendre longuement sur la capacité, qui mériterait à elle seule une étude séparée. Nous allons tout simplement signaler quelques idées générales qui régissent cette matière.

En droit chiite, on ne pouvait être considéré comme capable que si on était soumis à un examen physiologique et psychologique. Le développement physiologique, qui n'était que la puberté, s'exprimait par le terme « bolough » ; le discernement psychologique prenait le nom de « rochd ». On ajoutait d'habitude le qualificatif de « aghl » : raison, qui visait l'état psychologique de l'individu sain d'esprit. Ces expressions sont retenues par les articles 211 du Code civil et suivants, qui n'établissent aucune présomption, il y aurait donc de l'incertitude sur la capacité des adolescents, si on n'avait que ces dispositions. Le code civil iranien, dans ses tomes postérieurs, a institué une sorte de présomption dans l'article 1209 (1). Cette présomption est fondée sur l'âge (18 ans révolus). Cependant, celui qui atteint l'âge de 15 ans peut se défaire de toute tutelle s'il arrive à prouver son discernement devant les tribunaux. Dans ce cas, il devient tout à fait capable. Les articles suivants envisagent les cas des fous et des prodiges.

Ne pourrait-on pas se demander pourquoi le législateur a retiré toute efficacité aux volontés des incapables, pourtant formellement exprimées ?

Cette critique ne nous paraît pas fondée ; car, comme nos philosophes théologiens, nous faisons une distinction entre l'évocation du motif fondée sur la faculté de l'intelligence, et celle qui est fondée sur le pouvoir imaginaire. La volonté

(1) Sera considéré comme manquant de discernement celui qui n'a pas l'âge de 18 ans révolus ; cependant celui qui atteint l'âge de 15 ans peut se défaire de sa tutelle s'il arrive à prouver son discernement.

exigée au point de vue juridique, est celle qui s'appuie sur une évocation de motif raisonnable, produit de l'intelligence, elle ne sera pas efficace si elle est tout simplement le fruit de pouvoir d'imagination. Il est vrai que l'évocation des motifs pourrait ne pas être conforme à la réalité, même si elle est fondée sur l'intelligence ; mais elle diffère de celle qui s'appuie sur le simple pouvoir imaginatif, car, dans le domaine des contrats, ce qu'on exige, afin que la volonté déclarée soit considérée comme valable, c'est le minimum d'intelligence nécessaire à toute personne pour diriger ses affaires ; ainsi les contrats conclus par les fous sont nuls, car ceux-ci sont censés contracter en cherchant leur évocation du motif dans leur pouvoir imaginatif. Les mineurs ne seront pas plus heureux, car leur intelligence n'est pas suffisamment développée par des expériences pratiques.

SECTION IV. — LE MOTIF.

L'article 217 du code civil emploie le terme « djahate », que nous avons traduit par l'expression de motif de préférence à celle de cause. Nous avons évité d'entendre, par cette expression, la notion de la cause ; car, en dehors des arguments juridiques que nous aurons l'occasion d'examiner, il y a le sens étymologique du mot « djahat », qui justifie notre traduction. Cependant nous avons vu que la notion de la cause efficiente, ce que les jurisconsultes ont appelé « sabab chari » (1) : (cause légale) existait en droit chiite. Celle-ci se trouvait dans cet élément formaliste, verbal, qu'était nécessaire pour la formation des contrats. Mais une telle conception est inconciliable avec la force que le droit moderne

(1) Voir plus haut, pp. 83 et ss.

reconnait à la volonté et que le code civil iranien a consacré dans les articles 10 et 191. Seulement, le formalisme verbal a été remplacé en droit iranien par la volonté réelle ; doit-on chercher dès lors la notion de la causalité dans la volonté des parties contractantes ? La volonté, dans une des interprétations de l'adage « les contrats dépendent des volontés » portait sur les éléments principaux du contrat, entre autres sur les prestations prévues. Par exemple, dans une vente, quand je vends une maison pour la somme de 100 rials (1), la cause de mon obligation serait l'engagement de l'autre partie et la cause de son obligation serait mon engagement propre. On peut même aller plus loin, avec M. Capitant, et dire que si le contractant s'engage, ce n'est pas seulement pour obtenir que l'autre s'engage de son côté, ce qui a déterminé à vendre, c'était la volonté d'avoir à sa disposition les deniers promis ; et si, de son côté, l'acheteur consent à payer le prix, c'est pour acquérir la propriété utile et paisible de la chose vendue (2). Nous croyons que ceci est vrai comme l'a expliqué M. Capitant, mais la nature du contrat synallagmatique explique cette idée sans que cette volonté soit quelque chose de distinct de celle qui nous amène à nous engager. On ne peut pas distinguer le consentement ou plus exactement la volonté de s'engager de cette partie de la volonté qui se porte sur l'obligation de l'autre partie ou sur l'exécution de l'autre prestation ; elles ne font qu'un tout indivisible. Isoler l'un de l'autre, c'est aller à l'encontre de l'adage « les contrats dépendent des volontés ». Ainsi quand je vous vends un objet pour 100 rials, j'entends

(1) « Rial », unité de monnaie iranienne.

(2) Capitant, *De la cause des Obligations*, p. 53 et ss.

bien recevoir de vous la somme fixée, mais ces deux idées restent indivisibles.

Il est vrai qu'avec l'article 387 (1) du code civil, on pourrait croire que le code civil iranien a consacré la conception de M. Capitant, car d'après cet article, si la chose vendue périt avant la livraison, la vente est résolue de plein droit ; ainsi, on pourrait invoquer la résolution du contrat comme étant fondée sur la notion de l'existence de la cause, en disant que si l'acheteur s'était engagé, c'était parce qu'il comptait sur une prestation réciproque ; cette prestation n'ayant pu être fournie, avec la conception de cause de M. Capitant, il fallait logiquement aboutir à la résolution du contrat. Une telle explication ne peut valablement être invoquée, car la source de cette solution se trouve dans le Sunnate qui dit : « la perte avant la livraison nuira au patrimoine du vendeur ». Ainsi la notion de réciprocité qui se dégage de cette solution, ne saurait être invoquée pour affirmer l'existence de la notion de la cause. Ajoutons que cette réciprocité des obligations des parties contractantes, a été reconnue par la jurisprudence sans qu'elle fasse allusion à la notion de cause. Le jugement du tribunal civil de Téhéran 88, 29, 2, 1308, a débouté le propriétaire qui avait réclamé le loyer du mois en cours avant son écoulement, en déclarant que le propriétaire n'a pas le droit sur le loyer avant l'expiration du mois ; le tribunal n'a pas voulu justifier cette solution par la théorie de la cause, il a eu tout simplement recours au caractère synallagmatique du contrat du bail.

Si le législateur n'a pas reconnu la cause comme un élé-

(1) « Si la chose vendue périt avant la livraison... la vente sera résolue de droit, et le prix sera restitué à l'acheteur... »

ment distinct du contrat, il n'en a pas moins tenu compte de toute la portée de la volonté de s'engager dans le cadre du second commentaire du fameux adage : « les contrats dépendent des volontés ». Ainsi d'après l'article 201, la volonté portant sur la personne de l'autre partie sera prise en considération, quand celle-ci deviendrait l'un des éléments capitaux du contrat. On peut en donner comme exemple le contrat de la donation. On voit bien que l'article 201 s'attache à la considération du but qui a déterminé vraiment la volonté des parties, pour décider que cette considération ne produit pas d'effets juridiques quand elle est faussée par l'erreur. Ceci, parce que la considération de la personne deviendra partie intégrante de la volonté juridique.

Cependant, l'expression de « sabab » a été employée par le législateur iranien à plusieurs reprises ; seulement, par « sabab », qu'on peut traduire par « cause efficiente », on entend l'institution même qui crée une obligation ou un droit ; ainsi, l'occupation est la « cause » du droit de propriété, le prêt est la « cause » de l'engagement au débiteur, l'acte préjudiciable est la « cause » de l'engagement de la personne qui a commis une faute ; d'ailleurs ce terme est employé tout particulièrement à l'occasion d'une personne qui cause la perte du bien appartenant à autrui (article 331) (1). C'est dans ce dernier sens qu'il faudra prendre le terme de « sabab », quand nous aurons à traiter de la preuve de « sabab » ou la preuve de la cause.

Ayant ainsi écarté la possibilité de faire intervenir la notion de cause telle que l'entendent certains auteurs français, nous avons cru qu'il fallait entendre par « djahat » le « motif

(1) « Celui qui cause indirectement la perte de la chose d'autrui devra restituer une chose identique ou en régler le montant. »

du contrat ». Qu'entend-on ici par le motif ? Il faut distinguer le motif du mobile, car le mobile est considéré comme se rapportant à la sensibilité et le motif à l'entendement. Nous ne pouvons prendre le terme « djahat » dans le sens de mobile, qui a un rapport avec la sensibilité ; car, avec une telle conception, nous arrivons à une doctrine déterministe et matérialiste de la volonté. « Djahat », croyons-nous, est le but que se propose le contractant.

Le législateur iranien a énuméré le motif licite « djahat machrou », parmi les conditions de validité du contrat. Seulement ce motif ne pourra en principe exercer son influence, que s'il a été convenu entre les intéressés. Car, c'est seulement dans ce cas qu'il deviendra un élément constitutif du contrat ; par contre, un motif qui reste en dehors de l'accord de volonté, ne serait qu'un élément extrinsèque, incapable d'entraîner l'invalidité des actes juridiques.

Cependant, dans l'article 218, le législateur envisage deux cas particuliers, où le motif illicite n'aurait pas été indiqué dans le contrat, mais où il a décidé quand même que l'acte serait annulable. L'article 218 envisage le cas où un débiteur aurait contracté dans le but d'échapper à la poursuite de ses créanciers ; il résulte de cette disposition qu'on n'a pas besoin d'indiquer le motif illicite dans le contrat même, pour que ce dernier soit proclamé annulable ; on peut arriver au même résultat, en apportant la preuve de son illécité. Ainsi, si le créancier arrive à démontrer le but illécite qui a déterminé son débiteur à contracter, il pourra demander la nullité du contrat en question.

Il faut constater avec satisfaction, que cet élargissement apporté à la démonstration du motif illicite, dans notre hy-

pothèse, est tout à fait récente ; car, d'après la tradition (1) chiite, on ne tenait compte que des motifs indiqués ; ainsi, les débiteurs de mauvaise foi pouvaient impunément échapper à la poursuite de leurs créanciers, en invoquant leur insolvabilité. Les créanciers ne pouvaient en rien attaquer l'acte, qui leur portait préjudice. Ainsi, peu importe que le motif ait ou n'ait pas été incorporé dans le contenu du contrat ; du moment qu'on peut apporter la preuve d'illicéité du motif, le contrat pourra être entâché de nullité. La solution contraire consacrée par « fegh », était le résultat d'une législation formaliste qui ne prenait en considération que le contenu du contrat. Aujourd'hui, nous admettons que la preuve du motif illicite puisse se tirer d'éléments extérieurs à l'acte lui-même. Nous renvoyons la suite de notre étude sur le motif illicite aux sections suivantes.

SECTION V. — LA NOTION D'ILLICÉITÉ.

L'expression « d'illicéité » a été employée à plusieurs reprises par le code civil iranien (2) (articles 215, 217, 232, 654). Nous croyons bon d'examiner cette notion afin de pouvoir dégager le sens et la portée qu'il faudra lui attribuer. Pour mieux réussir dans cette tâche, nous allons examiner le problème de l'illicéité avant la promulgation du code civil.

Malgré le principe de la liberté contractuelle résultant des règles formulées par le législateur chiite, le Coran et les Sunnates avaient apporté tant de restrictions, qu'on avait le droit de se demander si le principe même existait. Nous ne voulons pas entrer dans l'étude de détail, qui ne pré-

(1) V. Sheikh Mohamed Taghi, op. cit., pp. 100 et ss.

(2) L'art. 190 emploie l'expression de « licéité » du motif du contrat.

sente aucun intérêt pratique ; pour ceux qui voudraient se renseigner, nous renvoyons au livre du « Commerce » de Cheikh Mohammed Taghi Nadjafi (1). Ces prohibitions prescrites souvent au nom de considérations religieuses, ne présentent qu'un intérêt historique ; aujourd'hui, celles de ces dispositions qui ont conservé leur raison d'être morale, restent dans notre conception juridique ; celles d'entre elles qui visaient purement et simplement des considérations d'ordre religieux, ne sont plus respectées ni par la loi ni par la jurisprudence.

Le code civil iranien a posé cette règle de la liberté contractuelle dans l'article 10 du code. Le même article 10 comporte une exception qui s'explique parfaitement : en principe la convention établie entre deux particuliers, fait la loi des parties, sauf quand la convention est contraire à une disposition formelle de la loi. Ainsi la règle juridique obligatoire entre les parties peut se heurter à une règle légale ; le code civil nous déclare que la convention ne peut dans ce cas prévaloir contre la loi.

Si on voulait se borner au domaine de cet article, on devrait dire que toutes les fois où il y a un conflit entre la volonté des particuliers et la volonté sociale manifestée par la loi, l'article 10 fait prévaloir la volonté sociale. Il est vrai que le législateur n'a fait aucune distinction entre les différentes sortes de loi, mais les termes employés par l'article 10 : « sauf dans le cas où elles sont contraire à une disposition expresse de la loi », nous éclaire dans une certaine mesure sur le point de vue législateur. Le législateur a voulu, croyons-nous, faire allusion de cette façon à la distinction classique des lois impératives et des lois

(1) V. p. 1 à 118.

supplétives ; quand une loi est impérative, le législateur prend souvent le soin d'indiquer ce caractère en rédigeant un texte dans lequel il dira par exemple : « ne peuvent être modifiées par conventions les prescriptions de la présente loi » ; ainsi le législateur, en employant l'expression ci-dessus indiquée, a voulu envisager le cas où il y aurait un texte formel, interdisant la dérogation aux prescriptions de la loi. Cependant il y a des cas, où l'on ne peut se refuser à reconnaître le caractère impératif d'une loi, sans qu'il y ait un texte dans le genre de celui que nous venons d'indiquer ; il s'agit par exemple d'une règle visant un contrat sans qu'on dise si la règle est posée ou non à peine de nullité. C'est justement dans ces conditions que la notion d'illicéité interviendra. En dehors d'un texte législatif, il y aurait donc des cas où une convention pourrait être considérée comme illicite.

Si nous nous reportons au tome II du code civil, nous voyons que le législateur a employé les expressions « d'ordre public » et de « bonne mœurs » dans les articles 960 et 975. Le rapprochement de ces derniers avec les textes précisés relatifs à la notion d'illicéité, nous amène à tirer cette conclusion, que la portée négative du terme d'illicéité devra être la même que celle des règles d'ordre public et de bonnes mœurs.

Une question pourrait légitimement nous être posée ; pourquoi ces trois terminologies différentes dans les différentes parties du code civil, si elles n'expriment que la même réalité juridique ? Il est très facile de répondre à une pareille observation ; en effet, les articles 960 et suivants faisant partie du tome II récemment promulgué, le législateur s'est montré plus averti, en abandonnant le terme

de source religieux d'illicéité, pour employer les expressions plus modernes d'ordre public et de bonnes mœurs.

Ainsi que nous l'avons signalé plus haut, cette notion d'illicéité, comme celle d'ordre public et celle de bonnes mœurs, ne sont pas des notions nécessairement déterminées par la loi. A l'appui de cette idée, nous pouvons invoquer l'article 960 (1) ; cet article a le soin de mettre « les bonnes mœurs » sur la même ligne que la « loi » ; de là il résulte que les bonnes mœurs ne sont pas une conception obligatoirement tirée de la loi. L'expression « blesse les sentiments sociaux » employée dans l'article 975 (2), est encore une preuve indiscutable de notre conception de l'ordre public et des bonnes mœurs distincte de la loi. On peut donc conclure de toutes ces constatations que la détermination de l'ordre public et des bonnes mœurs relève avant tout du juge. Seulement, il y a le danger de l'arbitraire, si le juge peut déduire des seules circonstances que la convention va à l'encontre de l'ordre public, et mettre ainsi une barrière à la liberté des conventions. Ceci n'est pas très grave car, la Cour de Cassation est toujours là pour exercer son contrôle sur les appréciations des juges du fait.

Domaine de l'ordre public et des bonnes mœurs.

Si on tient compte de la place que les termes « d'ordre public et de bonnes mœurs » occupe dans notre code civil, on n'hésitera pas à dire que son domaine est celui des droits

(1) L'article 960 : « personne ne peut renoncer à sa liberté, il ne peut non plus renoncer à l'exercice de sa liberté, si ceci est contraire aux dispositions de la loi ou aux bonnes mœurs. »

(2) L'article 975 : « Le tribunal ne peut appliquer des lois étrangères ou des conventions particulières qui portent atteinte aux bonnes mœurs, ou sont contraires à l'ordre public, parce qu'elles blessent les sentiments de la société, ainsi que pour d'autres raisons ; quoique l'application de ces lois soit en principe permise ».

extrapatrimoniaux. En effet, ces articles sont situés dans la partie du code relative aux personnes et à la famille. Nous ne croyons pas que ce soit voulu par le code civil, car, si le terme de bonnes mœurs se trouve dans l'article 960, qui prescrit l'impossibilité de renoncer à la liberté individuelle, ce qui concerne les personnes, l'article 975 envisage toute espèce de loi ou de convention particulière. D'ailleurs l'article 968, qui se trouve dans la même rubrique, est conçu dans les termes suivants : « les obligations contractuelles sont soumises à la loi du lieu de la conclusion du contrat. » Ce texte, qui envisage d'une façon formelle toutes sortes de conventions, écarte définitivement l'idée que les articles précités n'envisageraient que le domaine extrapatrimonial.

Essayons maintenant de donner quelques précisions sur la notion d'ordre public et de bonnes mœurs. Le législateur parle, dans ce même article 975, de la notion d'ordre public et de celle de bonnes mœurs, il y a donc lieu de penser que ces deux notions restent distinctes l'une de l'autre. Nous voulons interpréter ces deux termes en tenant compte de notre législation positive ; notre tâche aurait été facilitée par une jurisprudence abondante, mais étant donné la date assez récente de la promulgation de cette partie du code, nous n'avons pas trouvé beaucoup d'applications jurisprudentielles de ces articles. Ainsi, nous sommes obligés de rester dans les limites des dispositions législatives, pour pouvoir dégager la conception de l'ordre public et celle de bonnes mœurs.

Le législateur, en rédigeant l'article 10, a posé la règle de la liberté contractuelle ; mais il a voulu mettre une barrière à la pleine application de cette règle, en faisant intervenir la notion de loi impérative ou celle d'ordre public ou de bonnes mœurs. En agissant ainsi, il a tenu compte

d'une seule vérité, à savoir la nécessité de « licéité » de l'objet et du motif de l'obligation (1). Cette nécessité de licéité peut être d'ordre légal (article 10), d'ordre moral ou social (article 975). Nous n'avons pas besoin de donner d'explications sur la nécessité de l'ordre légal. En ce qui concerne les « bonnes mœurs », il est vrai que le législateur n'a donné aucune précision à ce sujet, mais nous pouvons donner quelques explications à l'aide des principes généraux. Sans avoir la prétention de dire que la dérogation de n'importe quelle règle de la morale pourrait amener la nullité du contrat, nous croyons qu'il existe certaines règles de morale, qui ont emprunté un aspect juridique dont la violation serait une atteinte au principe de la licéité posée par notre législation positive ; ainsi, il n'y a aucun texte qui interdise l'exploitation d'une maison de tolérance ; mais il est indiscutable que la vente d'une pareille maison ne saurait être discutée en justice sans porter atteinte au principe de décence nécessaire à la tenue morale de notre société iranienne ; ajoutons que cette conception de bonnes mœurs ne doit pas être prise dans le sens que lui attribue la religion chiite. Nous en avons aujourd'hui une idée bien distincte de celle qu'impose la religion. A l'appui de notre opinion, nous pouvons citer la jurisprudence que nous examinerons plus tard.

Nous ne pouvons en finir avec l'étude des bonnes mœurs, sans attirer l'attention de nos lecteurs sur l'article 960 ; ce texte du code civil fait allusion à la prohibition légale et aux bonnes mœurs sans s'occuper de la notion d'ordre public. On aurait pu croire que notre législateur a imité

(1) Voir les articles 215, 217 du code civil iranien.

le B. G. B. (1), en insérant deux termes de bonnes mœurs sans faire aucune allusion à celui d'ordre public. Cette supposition doit être écartée, car cet article prévoit un cas particulier, à savoir la liberté individuelle, dans lequel c'est souvent la notion de bonnes mœurs qui interviendra ; d'ailleurs l'article 975 prévoit aussi bien la notion de bonnes mœurs que celle d'ordre public, dès lors, il n'y a pas de raison pour dégager une prétendue ressemblance entre le code civil iranien et le code civil allemand à ce sujet.

Quant à l'ordre public, l'article 975 en a cherché la base dans les jugements de la société, dans la mentalité courante ; ainsi, d'après cet article, le juge qui a à apprécier si on est en présence d'une convention contraire à l'ordre public, n'a pas à faire appel à son intelligence ; il n'a qu'à le chercher dans la société même où il remplit sa fonction ; il enlève l'efficacité à toute convention qui blesse les sentiments de la société. L'article 975 est conçu dans des termes qui lui donnent une portée plus générale que celle que nous venons d'indiquer, car, d'après le texte, une convention peut être contrainte à l'ordre public, non seulement parce qu'elle blesse les sentiments de la société, mais pour « d'autres raisons ». Le terme « d'autres raisons » est très vague, le législateur n'a donné aucune précision pour l'éclaircir, nous n'avons aucune jurisprudence qui précise la portée de cette disposition législative. On pourrait se demander quelles peuvent être ces « raisons », en dehors de celles « qui blessent les sentiments de la société », et qui seraient de nature à être contraires à l'ordre public. Si notre société iranienne n'avait pas été laïcisée, nous pourrions invoquer des raisons d'ordre religieux, à côté des rai-

(1) Code civil allemand.

sons d'ordre social ; mais avec la sécularisation de notre législation, nous pouvons scruter l'esprit du législateur en remplaçant la religion par l'esprit de l'Etat et de la tradition iranienne. Ainsi, nous disons que le juge devra tenir compte, en dehors des sentiments de la société, des considérations issues des grands principes constitutionnels et législatifs pour dégager la notion d'ordre public.

Nous avons déjà signalé que la notion d'ordre public et des bonnes mœurs reste distincte de la loi. Ainsi, une convention peut être annulée sans qu'elle déroge à aucun texte de loi. A l'appui de cette idée, nous pouvons invoquer le dernier passage de l'article 975, qui est conçu dans les termes suivants : « ... quoique l'application de ces lois soit en principe permise. » Cet article nous paraît mal rédigé, il aurait dû être fait de la façon suivante : « quoique l'application de ces lois et conventions particulières ne soit contraire à aucune disposition législative » (1). Voilà l'idée que le législateur voulait développer ; seulement, il l'a fait dans des termes tellement obscurs qu'on aura du mal à le commenter. Si nous comparons le passage proposé par nous avec celui qui se trouve actuellement dans le code civil, nous remarquons que l'article 975 envisage uniquement le cas des lois étrangères, à la fin de son texte, tandis que nous y avons ajouté les mots « conventions particulières ». Car le législateur, ayant voulu viser les lois étrangères et les conventions particulières au commencement du même article, il aurait été normal, que la dernière partie complémentaire envisage aussi bien les conventions particulières que les lois étrangères. C'est un simple oubli, croyons-nous, qui a causé cette lacune. A défaut des termes de « conven-

(1) Il s'agit des lois étrangères.

tions particulières », nous y appliquerons quand même cette disposition, en nous fondant sur l'esprit de la loi, car une convention particulière n'est qu'une loi d'une portée limitée qui n'aura d'effet qu'entre les parties. De toutes ces explications, nous pouvons conclure que le législateur a supposé qu'une convention particulière puisse être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, sans qu'elle soit en contradiction avec les dispositions législatives. Il y a encore une autre différence entre le dernier paragraphe tel qu'il figure dans l'article 975 et le texte proposé par nous. En effet, le texte dit : « quoique l'application de ces lois soit en principe permise » nous avons cru le remplacer par : « quoique l'application de ces lois... ne soit contraire à aucune disposition législative. » Ceci parce que si, par hypothèse, une loi étrangère ou une convention particulière est contraire au principe de l'ordre public et de bonnes mœurs, son application ne pourra être en principe permise. Ainsi, le texte de l'article 975 dans son état actuel, contient une contradiction. Tandis que, avec le paragraphe proposé cette contradiction sera écartée, car on pourra bien être en présence d'une loi étrangère ou d'une convention particulière qui ne sera pas en contradiction avec un texte de la loi iranienne, mais qui sera contraire à la notion d'ordre public et de bonnes mœurs.

Il y a ainsi des principes d'ordre public et de bonnes mœurs en dehors de toute disposition législative, il y a aussi des lois qui ont le caractère d'ordre public ou touchent aux bonnes mœurs ; cependant, il ne faut pas croire que toutes les lois impératives possèdent le caractère d'ordre public ; il y a des lois qui s'inspirent de nos grands principes constitutionnels et organiques dont la méconnaissance bouleverserait l'ordre social, mais il y a aussi des lois impératives

qui sont faites dans le but de protéger des intérêts privés ; par exemple, certaines dispositions sur les incapables sont des lois impératives, sans avoir en principe le caractère d'ordre public ; ajoutons qu'il y a certaines lois aussi concernant les incapables qui intéressent l'ordre public, par exemple celles qui réglementent l'organisation de leur protection ; ceci, parce qu'on est en présence justement d'une loi qui touche au fonctionnement de la protection.

Comment pourrait-on dégager la conception nouvelle de l'ordre public et de bonnes mœurs en tenant compte des décisions jurisprudentielles ? Nous n'avons pas de jurisprudence abondante, cependant, on peut citer d'abord deux arrêts de la Cour disciplinaire (1), qui établissent, dans une certaine mesure la conception de la jurisprudence au point de vue des bonnes mœurs.

La Cour disciplinaire, dans un arrêt rendu 426, 4, 4, 1309 a condamné un magistrat à des peines disciplinaires, parce qu'il s'était permis de se promener dans une voiture en compagnie de femmes de mœurs légères, en disant que l'attitude de ce magistrat avait des répercussions fâcheuses dans la circonscription où il exerçait sa fonction.

Dans un autre arrêt 1361, 9, 2, 1313, la Cour a condamné un magistrat pour avoir violé les règles de la décence inhérentes à la magistrature.

Il est vrai que, dans ces arrêts, il ne s'agit pas particulièrement de l'invalidation d'un contrat quelconque ; mais, il n'est pas moins certain que les tribunaux, qui essaient

(1) C'est une Cour chargée de statuer sur les infractions disciplinaires commises par les magistrats et les avocats. Elle est composée de magistrats dont le grade est le même que ceux de la Cour de Cassation (*Les réformes judiciaires de l'Iran*, p. 4). Elle joue un rôle prépondérant pour l'avancement des magistrats.

toujours de se conformer à la conception de la Cour disciplinaire, attacheront à ces considérations d'ordre purement moral une importance prépondérante dans la formation des contrats.

Nous avons d'autres jugements et arrêts de nature à nous mettre, dans une certaine mesure, sur la voie à suivre pour dégager la notion d'ordre public et de bonnes mœurs :

Le tribunal de première instance, section VIII, dans un jugement 22, 5, 1315, n'a pas reconnu au demandeur le droit aux dommages et intérêts conventionnels concernant une somme d'argent, en disant que les dispositions législatives relatives aux intérêts (loi sur l'enregistrement et loi sur la célérité dans les procès) (1), sont d'ordre impératif.

Ainsi les intérêts conventionnels ne peuvent jamais dépasser le taux fixé par le législateur. Le tribunal a donc pris en considération la situation dans laquelle se trouvent les débiteurs dans la nécessité d'emprunter, et n'a pas voulu que les créanciers leur imposent un taux supérieur à celui de 15 %, qui est déjà considérable. Ceci pour des raisons qui intéressent le crédit public.

La Cour de Cassation a reconnu la validité d'une convention passée entre un fonctionnaire et une personne, par laquelle le premier s'était engagé à gérer d'une façon régulière toutes les affaires du dernier, un grand propriétaire. La cour a donc confirmé par cet arrêt 415, 31, 2, 14, la solution admise par la Cour d'appel de Téhéran en vertu de laquelle le fait de la part d'un fonctionnaire de s'engager à gérer les affaires d'autrui, n'est pas de nature à gêner ce dernier dans l'exercice de sa fonction publique, et ainsi la

(1) Art. 35 et 36 de la loi sur l'enregistrement 1310. Art. 34 de la loi sur la célérité dans les procès 1310.

convention de gérance restera valable ; seulement, la Cour d'Appel a cité un autre argument, qui semblait faire croire qu'elle ne reconnaissait la nullité d'une convention que si elle était contraire à une disposition formelle de la loi. En effet, elle indique pour justifier sa solution que la « convention attaquée n'est pas contraire à une disposition formelle de la loi ». Cependant il faut tenir compte aussi du fait que la Cour fait allusion, un peu plus loin, aux articles 214 et 215 dans lesquels la notion d'illicéité est envisagée. Ainsi le premier motif employé par la Cour ne doit pas nous faire croire que, pour la nullité du contrat, il faut nécessairement une disposition formelle de la loi.

D'après le jugement rendu par le tribunal civil, section VII, 82, 30, 1, 1310, un avocat pourra valablement indiquer dans les conditions qu'il fixe avec son client, qu'il obtiendra comme honoraires une certaine part de l'objet du procès, s'il a gain de cause. Pourtant un tel acte, croyons-nous, est contraire aux devoirs les plus élémentaires d'un avocat, qui devrait se contenter d'honoraires en espèces, et ne devrait pas se réserver de droits sur l'objet du litige. Il faut ajouter que cette solution disparaîtra peut-être avec le barème des honoraires qui n'existait pas au moment où ce jugement a été rendu et qui a été fixé ultérieurement.

En matière financière, les opérations de bourse nous donnent un exemple de la différence qui existe entre le droit chiite et le droit iranien. Avant la promulgation du code, sous le régime du droit chiite, les opérations de bourse étaient indiscutablement prohibées, car le droit chiite ne pouvait concevoir la validité d'un acte dans lequel l'objet et le prix étaient à terme ; aujourd'hui le code civil a gardé

le silence sur ce point (1). Ce silence est significatif, comme on l'a indiqué dans le rapport présenté à l'Académie Internationale de Droit Comparé. En effet, si le Code civil l'a passé sous silence, c'est pour s'approcher des solutions occidentales et ce contrat se trouve ainsi admis par le Code civil. D'ailleurs, la jurisprudence est entrée dans la même voie. Le Tribunal civil, section VIII, 11, 5, 1315, a reconnu la validité des opérations de bourse. Ceci est tellement indiscutable que l'acheteur des titres s'étant réfugié derrière la prohibition des opérations de la loterie pour obtenir gain de cause, le Tribunal, tout en reconnaissant l'interdiction des opérations de la loterie, en dehors de l'autorisation de l'administration, a cru ne pas devoir tenir compte de ce moyen de défense, pour la bonne raison que l'opération de la loterie est différente de celle qui se fait sur des valeurs. Ce jugement n'est que le précurseur d'une jurisprudence qui reconnaîtra encore plus nettement la validité des opérations à terme, même si, dans l'intention des parties, le marché ne devait faire l'objet d'aucune livraison et que tout devait se résoudre par le paiement de simple différence. La part que prend l'Etat dans l'organisation de la bourse des valeurs confirme cette façon de voir.

Le Tribunal civil, section VII, par un jugement 25 Azar 1309, n'a pas reconnu la validité de l'acte de vente d'un immeuble au profit d'un étranger, en dehors des besoins de son habitation et de son commerce, en s'appuyant sur le traité de Torkanmantchai (1). Ainsi cette règle est devenue

(1) Voir, page 8, Imami et Bouzari, le rapport présenté par le Comité national de l'Iran à l'Académie Internationale de Droit Comparé, sur « l'influence des systèmes juridiques occidentaux sur le droit privé de l'Iran ».

d'ordre public, d'ailleurs, une loi de 1308 (1929) l'a formellement prévue.

Les derniers jugements que nous allons citer, sont de nature à montrer dans quelle mesure la conception de l'ordre public est différente aujourd'hui de celle qui existait avant la promulgation du code civil.

L'arrêt de la Cour de Cassation du 5 Azar 1306 vise le cas d'un débiteur qui invoque le caractère d'illicéité d'un titre non causé (1), en expliquant que ce dernier vise les intérêts d'une dette ; or, le prêt à intérêt étant prohibé, il soulevait la nullité du titre ; il a été condamné à payer par le tribunal civil et la Cour d'appel de Téhéran, parce que les preuves apportées n'étaient pas suffisantes ; cependant le Tribunal et la Cour étaient disposés à prendre en considération des preuves susceptibles de démontrer la valeur illicite de la cause (l'intérêt du prêt). Cet arrêt montre qu'avant la promulgation du Code civil, un contrat ayant pour objet l'intérêt d'une dette était considéré comme illicite, mais aujourd'hui la loi (2), comme la jurisprudence, reconnaît la validité de l'intérêt ; ainsi la conception de l'ordre public a changé sur ce point.

Le propriétaire d'une maison bourgeoise a demandé le renvoi de son locataire, en se fondant sur le fait qu'il y avait installé une école de musique et que la musique ayant été défendue par le législateur chiite, la résiliation s'imposait ; ainsi, il demandait qu'on renvoie ce locataire en vertu de l'article 215 du code civil. Le Tribunal civil de Téhéran, Section III, a écarté par un jugement 363, 28, deï, 1308 l'application de l'article 215 en disant que celui-ci n'a rien

(1) Voir la section suivante.

(2) Voir l'article 35 de la loi sur l'enregistrement (1310).

à voir en l'espèce ; ainsi, le Tribunal, contrairement à la tradition chiite, a débouté le demandeur et a reconnu, quoique timidement, la validité du contrat ayant pour objet les maisons de musique.

Le Tribunal de première instance de Téhéran, Section I, a décidé, par un jugement 200, 29, charivar, 1313, que la caution de celui qui a pris à ferme l'impôt sur les boissons, ne pourra se fonder sur le caractère illicite du fermage pour invoquer la nullité du cautionnement qu'il avait promis à l'Etat. Le Tribunal a justifié cette solution, en s'appuyant sur le fait que la taxe sur les boissons faisant partie des recettes du budget, l'acte ayant pour objet le cautionnement du montant du fermage de la taxe ne sera pas entaché de nullité.

SECTION VI. — LA PREUVE DE LA CAUSE DES CONVENTIONS.

Une personne qui s'engage envers une autre peut décider, au moment de la conclusion de l'acte, de ne pas indiquer la raison pour laquelle elle s'est engagée. Un tel engagement est-il valable ? Oui ; la validité d'un tel acte est consacré par l'article 10, et l'article 225 du code civil. En vertu de l'article 10, tout engagement est valable, sauf dans le cas où il va contre la disposition formelle d'une loi. D'après l'article 225, toute convention est présumée valable, à moins que son invalidité ne soit démontrée. Il ne faut pas invoquer dans l'espèce l'article 217, car ce dernier vise le but, le motif du contrat, et non pas sa source. La source d'une obligation consiste dans le contrat ou dans tout autre fait qui a occasionné l'obligation ; aujourd'hui, dans le langage courant, cette source, comme nous l'avons déjà indiqué (1),

(1) V. plus haut, p. 132.

est appelée « sabab », ce qui veut dire « la cause » en français.

Il existe cependant un certain nombre de raisons qui s'opposent à la solution du code civil : on peut dire, en vertu d'un principe absolument incontesté, que c'est à celui qui invoque un droit en justice, de prouver l'existence de ce droit, et par suite de tous les éléments nécessaires à son existence. Donc, c'est à celui qui se prétend créancier, de prouver l'existence de l'obligation, par suite de tous les éléments nécessaires à son existence, et notamment de sa source : la cause. Par exemple, si le créancier produit un écrit non causé, il ne prouve pas que son obligation a une source valable ; donc, jusqu'à ce qu'il ait fourni cette preuve, l'obligation est sans cause, par suite nulle.

Cette manière de raisonner, irréprochable en elle-même, a le défaut essentiel de faire abstraction d'autres principes qui dominent aussi notre code civil. Un débiteur qui constate l'existence d'une obligation dans un écrit, ou devant des témoins, en fait la reconnaissance, l'aveu écrit ou verbal ; or, avouer qu'une obligation existe, c'est bien avouer que cette obligation a une cause. On pourrait répondre : la reconnaissance, sûrement est un aveu ; mais, s'obliger à payer, c'est un engagement, c'est une obligation à laquelle la définition de l'aveu ne s'applique pas. On peut d'ailleurs dire que s'engager que l'on paiera, c'est reconnaître que l'on doit, car il n'y a pas en principe de paiement sans dette. L'article 265 du code civil n'est-il pas dans le même sens ? En effet, cet article est conçu dans les termes suivants : « celui qui donne une chose à autrui est présumé ne pas l'avoir donné à titre gratuit, en conséquence toute personne qui donne une chose sans en être débitrice, peut la répé-

ter ». De là, on peut conclure que s'engager que l'on paiera, c'est reconnaître que l'on doit.

En pratique, les engagements non causés présentent des dangers pour les débiteurs, ils cachent souvent une simulation ou des opérations suspectes. Pourtant, il faut respecter la volonté des parties en présumant la légitimité de la cause, tant que son illicéité n'aura pas été établie par la preuve contraire. En effet, ce qui est illicite aux yeux de la loi, c'est le fait de faire figurer ouvertement dans l'acte une cause que la loi ne reconnaît pas comme licite. On peut dire que le droit s'arrête toujours là où finit la déclaration de volonté ; il ne remonte pas plus haut ; ce qui est resté dans le domaine psychologique ne peut influencer sur la validité d'un acte. Mais ce serait une grosse erreur de croire que le Code civil, avec l'article 225, a eu l'intention de donner un effet absolu au billet non causé : le législateur a voulu établir une présomption légale ; le débiteur est, en principe, dans la possibilité de faire la preuve de l'absence de cause ou de cause illicite (1). Nous verrons d'ailleurs un exemple jurisprudentiel des hypothèses précitées.

Peut-on recourir, pour établir l'illicéité de l'acte ou le défaut d'une source, en dehors des énonciations du contrat lui-même, à tous les modes de preuve autorisés par la loi ? Oui, la jurisprudence, comme nous le verrons, se montre très large à ce point de vue.

La cause de l'obligation ne doit pas figurer nécessairement dans le titre. Nous pouvons invoquer dans ce sens le jugement rendu par la justice de paix de Téhéran, ark 28 mizan, 1303, bien avant la promulgation du code civil iranien. Il

(1) Ce principe comporte des exceptions, en matière d'effets commerciaux, comme nous le verrons plus loin, p. 152.

est vrai que ce jugement a été infirmé par le tribunal de première instance statuant en appel. Mais l'arrêt de la Cour de Cassation, 2, 5 azar 36, qui a cassé le jugement du tribunal civil, a indirectement confirmé la décision de la justice de paix.

Dans un jugement 127, 21, mordad, 1314, le tribunal de première instance a décidé que l'engagement est valable quoique son origine n'ait pas été exprimée : le demandeur a réclamé à son frère le paiement d'une certaine somme en se fondant sur un titre ainsi conçu : « mon cher frère, en ce qui concerne votre argent, l'intérêt de cette somme devient de 5 %, 2500 tomans, par an ; j'ai chargé la douane de vous payer ». Le défendeur prétendait que l'acte n'étant qu'un « gentlemen's agreement », était justifié par la parenté du demandeur et qu'il manquait de tout fondement juridique. Le tribunal a jugé les moyens de défense opposés insuffisants, et a condamné le défendeur à payer le montant de la dette calculée d'après le taux de l'intérêt qui était prévu.

Nous pouvons citer aussi le jugement du tribunal de première instance de Téhéran, confirmant celui de la justice de paix rendu le 14, zighadé, 37. Il s'agissait d'un titre invoqué par le demandeur et le défendeur lui opposait l'illicéité de la cause. La justice de paix, comme le tribunal civil, ont condamné le débiteur au paiement du montant du titre, parce que ce dernier n'a pas apporté la preuve que la dette avait une source illicite.

Cependant, si le défendeur arrive à prouver que le titre invoqué par le demandeur n'est fondé sur aucune cause légale, la jurisprudence n'en tient pas compte ; ainsi a décidé l'arrêt rendu 2, safar, 1935. La Cour de Cassation a cassé

l'arrêt de la Cour d'Appel, parce qu'il n'avait pas tenu compte des présomptions et des témoins susceptibles d'ébranler le fondement de l'acte. Il s'agissait dans l'espèce d'un titre non causé, invoqué par le sieur Abdolmadjid Chirasi, d'après lequel Nosrat Mamalek s'engageait à verser la somme de 200 tomans au demandeur. Ce dernier ayant réclamé l'exécution du titre, le défendeur a répondu que le titre n'était pas fondé ; il a essayé de démontrer que ce titre n'était que la commission à laquelle le demandeur aurait eu droit, s'il était arrivé à arranger le procès qu'il avait avec un tiers. Or, le demandeur n'ayant pu le faire, n'avait pas droit au montant du titre ; le tribunal civil et la Cour d'Appel de Téhéran, n'ayant pas tenu compte de cette défense, la cour de Cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel.

La cour de Cassation, dans un arrêt N° 12975, 16018, a confirmé l'arrêt de la Cour d'Appel, qui était fondé sur les témoins et les présomptions, pour refuser de reconnaître la validité d'un écrit, dans lequel la source de l'obligation n'avait pas été indiquée. Ainsi, la Cour de Cassation a reconnu indirectement la possibilité de recourir aux témoins et aux présomptions pour établir l'illicéité de la cause de l'obligation.

Cette possibilité d'apporter la preuve contraire est écartée dans le cas où il s'agit de titres commerciaux : ainsi, le tribunal de première instance a écarté par un jugement rendu 13, 6, 24, section IV, l'application de l'article 733 du Code civil (1), qui proclame la nullité d'une cession de créance, s'il apparaît que l'obligation principale est nulle, en disant

(1) L'article 733 : « si dans la vente l'acheteur cède sa dette à la charge d'un tiers, cette cession de dette sera annulée, s'il a été établi ensuite que la vente est nulle ».

que cet article figurant dans le Code civil n'est pas applicable aux titres commerciaux ; ainsi celui qui a accepté une lettre de change, a été condamné à payer le montant du titre, et le tribunal n'a pas pris en considération les arguments de la défense, qui a invoqué la nullité de la vente à l'occasion de laquelle la lettre de change avait été souscrite. Le tribunal a donc affirmé le caractère abstrait des titres commerciaux.

Voici encore un autre jugement du tribunal de première instance, 9, aban, 1313. Il s'agit en l'espèce d'un billet par lequel l'acheteur, un commerçant, s'est engagé à verser une certaine somme au vendeur, le billet étant commercial, le tribunal s'est refusé à appliquer le droit de rétention reconnu par l'article 377 (1) du code civil, en s'appuyant sur les dispositions du code de commerce (articles 249 et 309) (2) qui prescrivent le paiement des titres au jour de l'échéance, abstraction faite de leur cause. Ainsi, la possibilité d'apporter la preuve de la cause de l'engagement est écartée.

Nous allons maintenant citer un jugement N° 249, 13, aban, 309, du tribunal de première instance de Téhéran. Ce jugement est intéressant, car il tient compte de l'invalidité d'un contrat qui était la cause de la conclusion d'un autre, pour reconnaître le droit d'option au profit de la partie intéressée dans le second contrat : le sieur Ali vend 3 chameaux, appartenant à Taghi, à Mohammed, au prix de 250 tomans. Ce dernier ne verse pas le prix entre les mains du vendeur ; il lui vend 250 achrafi (3). Cette vente

(1) L'article 377 : « le vendeur ou l'acheteur a le droit de retenir l'objet ou le prix jusqu'à ce que l'autre partie exécute son obligation ».

(2) L'article 249 : « le tiré et les endosseurs ont une responsabilité solidaire à l'égard du bénéficiaire ». L'article 309 : « Toutes les dispositions relatives à la lettre de change s'appliquent au billet à ordre ».

(3) Achrafi : pièce en or ancienne.

a été « conditionnelle », c'est-à-dire à réméré. Seulement, la vente des chameaux n'ayant pas reçu l'approbation du propriétaire, l'acheteur ne devait rien au vendeur, et par suite, on ne pouvait présumer le versement de 250 tomans. Aussi, la vente à réméré des achrafis n'était plus possible, puisque le versement ne pouvait avoir eu lieu. Le tribunal a jugé comme si le versement avait déjà été effectué, et a reconnu au vendeur le droit de résilier la seconde vente. Toutefois, prenant en considération le lien qui existait entre les deux ventes, il a ajouté que le versement n'ayant pas été effectué en fait, l'acheteur des achrafis n'aurait pas le droit de réclamer les 250 achrafis ; par conséquent, après avoir présumé le paiement, pour pouvoir admettre la résiliation, il n'a pas tenu compte malgré tout de ce paiement, en déboutant l'acheteur des achrafis dans sa demande de la livraison de l'objet de vente. Ce qui était juste, puisque le vendeur n'avait pas reçu le prix, ni matériellement, ni juridiquement (au cas où la première vente aurait été ratifiée). Le tribunal a, par conséquent, tenu compte du lien qui rattachait le second acte à la première opération, quoique ce lien ne se manifestât pas dans le second acte et qu'il résultât des circonstances extérieures.

Cependant, nous croyons que la seconde vente aurait dû être considérée comme nulle, pour cause d'inexistence du prix ; car, le prix de la seconde vente n'était que la somme qui aurait pu être due par l'acheteur de la première vente ; or, l'acheteur, ne devant rien à cause de la non-ratification du véritable propriétaire, la contre-prestation sur laquelle il comptait, n'existait pas. Par conséquent, la solution donnée par le tribunal nous semble exacte ; mais, le raisonnement juridique par lequel il y arrive est erroné.

CHAPITRE 11

Les applications particulières de la nouvelle conception contractuelle dans le code civil iranien.

Nous allons à présent étudier les applications particulières de cette conception contractuelle, dont les conséquences vont être différentes de celles de la conception du droit chiite. Il y a d'abord une première conséquence en ce qui concerne « moatat » : l'échange matériel. Nous avons parlé suffisamment de « moatat » (1) pour ne pas y revenir. Nous voulons tout simplement signaler ici que « moatat », qui n'a jamais été reconnu comme un contrat légal en droit chiite, même chez ceux qui lui reconnaissent tous les effets d'un contrat, a fini par devenir une application de la définition donnée dans l'article 183, c'est-à-dire un contrat. On ne fait plus cette distinction traditionnelle entre le « moatat » et le contrat (2), qui ne s'expliquait que dans un droit essentiellement formaliste. On ne trouve même pas l'expression de « moatat » dans le code. Car, aux yeux des rédacteurs du code, cette institution ayant fait son temps, devait rentrer dans les catégories historiques. Ceci n'est que le résultat immédiat du changement apporté dans la conception contractuelle. Aujourd'hui une volonté, du moment

(1) Voir pp. 85 et ss.

(2) Cette différence entre le code civil et le droit chiite a été retenue par le rapport présenté à l'Académie internationale de droit comparé, p. 8 : « En cas de divergence d'opinion, le code civil iranien... a adopté l'opinion qui convenait la mieux aux systèmes juridiques occidentaux ». Tel, par exemple, la vente « moatat » qui est déclarée nulle par certains juristes musulmans ; cette vente a été admise par le code civil.

qu'elle est extériorisée, présente toutes les qualités pour faire naître un lien de droit irrévocable ; elle occasionne même le transfert de propriété, ce qui était contesté en droit chiite. Ainsi ces controverses épineuses que nous avons rencontrées dans la seconde partie ne trouvent plus leur place dans notre droit civil moderne. Les autres conséquences importantes de ce changement de conception sont : le contrat entre absents ; la vente conditionnelle, les contrats apparents ; nous allons leur consacrer trois sections successives.

SECTION I. — LE CONTRAT ENTRE ABSENTS.

Dans le domaine des affaires, il arrive que des contrats soient conclus entre des parties parfois séparées par la moitié du globe terrestre. Les parties peuvent exprimer leur volonté par téléphone, par lettre, par télégramme. Mais il ne faut pas croire que l'élément de l'espace suffise pour que le contrat soit considéré comme conclu entre absents. En effet, par le téléphone, les deux contractants pourraient extérioriser leur volonté simultanément ; ainsi, à la notion de l'espace, il faut ajouter celle du temps, qui est souvent la plus importante. Lorsque, entre l'offre et l'acceptation, il se passe un certain temps, il y a lieu d'abord de se demander si un tel contrat est valable d'après notre législation. Le droit chiite exigeait la succession immédiate de l'offre et de l'acceptation. Les auteurs chiite ont nié toute possibilité rationnelle de conclure des contrats par correspondance ; cette solution juridique aussi bien que cette opinion ont reçu des démentis par les faits. En effet, le droit chiite n'admettant pas la validité de contrat entre absents, les parties tournaient cette impossibilité juridique, en faisant appel à un mandataire.

Il ne faut pas croire que le législateur chiite ait conclu à l'invalidité des contrats entre absents, pour mieux se conformer à la conception qu'il avait de la volonté, c'est-à-dire qu'il est logiquement impossible, lorsque les parties se trouvent éloignées l'une de l'autre, que leur volonté co-existe à un moment donné, avec la mutuelle connaissance, pour chaque partie, de l'assentiment actuel de l'autre. La solution du droit chiite s'explique au contraire par le caractère formaliste du contrat. Il fallait que les paroles aient été prononcées, ce qui ne pouvait pas se concevoir à longue distance. Tandis qu'avec la conception du droit civil iranien, fondé sur la volonté réelle, nous partons du principe qu'il y a concours des volontés, lorsque chacune des parties a eu connaissance de la volonté concordante et actuelle de l'autre, ou bien, la volonté unilatérale de l'offrant ayant été de nature à l'engager dans un délai déterminé, le contrat se formera, si elle est suivie de la volonté de l'acceptant.

Il est vrai que le législateur iranien n'a rien précisé au sujet des contrats entre absents ; mais, si l'on étudie de près l'article 196, il est possible de conclure que la volonté peut s'exprimer expressément ou tacitement, entre personnes présentes ou à distance. Car, la formule : « par tout acte », employée dans l'article, est assez compréhensive pour comprendre tous les contrats, aussi bien les contrats conclus à distance que les autres.

Cependant il y a le texte de l'article 1065, relatif au mariage, en vertu duquel il faut que les termes de l'offre et de l'acceptation se succèdent immédiatement. Faut-il étendre cette solution à d'autres contrats ? Nous ne le croyons pas. Car, le seul fait qu'on ait indiqué cette formalité à l'occasion de l'acte de mariage, alors que le législateur était

muet sur les autres contrats, démontre bien l'esprit de la loi. Quant à la solution exceptionnelle imposée au cas du mariage, elle se conçoit très bien, car cet acte, comme nous le savons, reste encore formaliste, dans notre Code.

Aujourd'hui, la validité du contrat passé entre absents, n'est plus discutée ; la jurisprudence est fixée dans le sens que nous avons indiqué. L'article 344 du code civil (1) permettant l'application des usages commerciaux, renforce une telle solution, étant donné que la pratique des affaires reconnaît comme valables les actes passés entre absents.

SECTION II. — VENTE « CONDITIONNELLE », OU A RÉMÉRÉ :

ÉVOLUTION LÉGISLATIVE ET JURISPRUDENTIELLE.

Le changement de la conception contractuelle iranienne est illustré par l'évolution de la vente « conditionnelle » ; la vente conditionnelle n'est pas autre chose que la vente à réméré du droit français. Elle se pratiquait souvent en Iran, avant que le législateur reconnaisse définitivement l'institution du prêt à intérêt. Les choses se passaient en pratique de la manière suivante : un individu avait besoin d'argent et était disposé à payer un intérêt et à offrir une garantie à son créancier. S'il voulait s'en procurer sous la forme du prêt, il ne trouvait pas de gens de bonne volonté capables de lui venir en aide, car le prêt à intérêt ayant été défendu par le droit chiite, l'individu qui avait prêté de l'argent ne pouvait en réclamer l'intérêt. On n'a pas tardé à créer un subterfuge juridique : cet individu procédait à la vente de son bien à un usurier, sous réserve de pouvoir résilier le contrat dans le cas où il aurait remboursé le prix. L'ache-

(1) L'article 344 : « sauf dans le cas où l'usage ou la coutume du commerce font présumer des conditions ou un délai..... quoiqu'il ne soit pas exprimé dans le contrat ».

teur (d'une façon générale l'acquéreur, car ceci se pratiquait aussi sous la forme de contrat de transaction) consentait à laisser le bien en possession du vendeur ou de l'aliénateur, qui lui payait une certaine somme d'une façon périodique, sous le nom de loyer. Ce loyer n'était, dans le fond, que l'intérêt prohibé ; il avait tout simplement changé d'étiquette. Ainsi, le créancier arrivait non seulement à garantir sa créance, par son droit de propriété sur le bien, mais il parvenait à toucher l'intérêt, qui dépassait souvent le taux normal. Si le débiteur remboursait son créancier, dans le délai fixé, il n'y avait qu'un seul abus : le taux exagéré de l'intérêt. Mais, s'il n'arrivait pas à désintéresser le créancier — ce qui se passait d'ailleurs la plupart du temps — comme il avait été convenu entre les parties, le droit de résiliation du débiteur s'éteignait et le bien faisant l'objet d'un transfert conditionnel restait définitivement la propriété du créancier. Seulement, comme il y avait une différence énorme entre la valeur de l'immeuble et la somme prêtée, le créancier réussissait à s'approprier un bien, dont la valeur dépassait manifestement le petit sacrifice qu'il avait bien voulu faire, en avançant de l'argent. Si l'on avait voulu tenir compte de l'intention des parties, on aurait dû appliquer à un pareil contrat, les règles du prêt malgré les termes employés par les contractants. Seulement, le succès d'une telle solution était impossible devant le règne de l'ancienne conception contractuelle du droit chiite. En effet, comme nous l'avons déjà montré plus d'une fois, la volonté qui retenait l'attention des jurisconsultes et qui suffisait à rendre parfaite la formation du contrat, était celle qui portait sur *l'existence matérielle des termes employés* et sur leur *signification étymologique*. Ils faisaient abstraction de la volonté

réelle, de celle qui avait pour objet l'existence juridique de l'acte. Ils ne tenaient pas compte de la volonté réelle, qui n'était pas conforme à la manifestation extérieure. Ainsi, si les malheureux débiteurs ne parvenaient pas à rembourser le prix de vente à l'échéance, les créanciers s'approprièrent les biens, une fois le terme expiré, au détriment de tout sentiment de justice et d'équité. Le débiteur souffrait, le créancier exploitait, la conscience juridique des jurisconsultes était satisfaite. Cette situation pitoyable du débiteur, due à un formalisme exagéré, qui se perpétuait avec la complicité de ceux qui voulaient sauvegarder les principes juridiques, ne pouvait laisser indifférent un Etat conscient de son devoir le plus élémentaire, qui est le respect de la morale et de la justice. Elle était d'autant plus lamentable, que ces actes se pratiquaient à la campagne, au détriment des pauvres fermiers, qui n'arrivaient pas à rembourser leurs bourreaux cruels, ces usuriers malhonnêtes, qui guettaient les fléaux de la nature et la misère des paysans, pour pouvoir leur prêter dans les conditions avantageuses que nous avons indiquées. Ainsi, l'exemple des fermes abandonnées par des fermiers aux abois, errant dans les villes, étaient nombreux, dans un pays où la principale ressource du peuple et de l'Etat se trouve dans la terre.

Pour la première fois, sous le règne de Naseredin Chah (à la fin du XIX^e siècle), le gouvernement décida d'agir ; il rendit un firman d'après lequel, désormais, les juges ne pourraient plus interpréter un tel contrat comme une vente et déposséder le vendeur, qui n'est en réalité qu'un débiteur. Tout ce qu'il pouvait faire, c'était de prélever le montant du prix et ses loyers, sur le produit de la vente. Dès lors, les créanciers n'ayant plus la possibilité d'exploiter leurs débiteurs, se refusaient à leur prêter l'argent. C'est

ici que la subtilité juridique des jurisconsultes chiites, devint le complice conscient de ces usuriers malhonnêtes. L'ordonnance ayant envisagé le transfert de propriété, avec la résiliation par la restitution du prix, il leur était parfaitement loisible de se servir d'un autre moyen juridique, qui aboutissait aux mêmes conséquences. Une telle attitude ne doit pas nous étonner, car nous étions à une époque encore formaliste. Les jurisconsultes chiites, qui exerçaient en même temps le rôle de notaires, leur apprirent qu'ils pouvaient atteindre le même but, si, au lieu de passer un contrat de transfert conditionnel, ils faisaient un acte définitif en donnant mandat au débiteur, de se transmettre à lui-même l'objet de la vente dans le cas où le prix des loyers serait remboursé (1). Les tribunaux ne pouvaient plus rien faire étant donné ce changement de formule, car il ne s'agissait plus d'une vente sous condition, mais d'une vente définitive comportant une clause de mandat, ce qui était parfaitement autorisé par les principes contemporains.

De telles dispositions prises sous la monarchie absolue, montrent bien que l'Etat avait commencé à se révolter contre cette conception archaïque du contrat (2). Malheureusement, il ne pouvait résister à l'attitude lamentable de certains jurisconsultes, qui manquaient totalement de souplesse et qui restaient imprégnés des principes formalistes du droit chiite, ou de certains autres qui, attirés par l'appât du gain, en tant qu'usuriers, ou conseillers de ceux-ci, faisaient bon marché des règles de l'équité. Avec la révolution de 1906, le firman perdit toute force législative, parce qu'il n'était pas le produit d'un pouvoir parlemen-

(1) M. Adle, *op. cit.*, pp. 289 et ss.

(2) Voir Abdollah Ghavami, *Prêt à intérêt en Perse*, pp. 166 et ss.

taire. Ce dernier était resté dans une inertie révoltante, d'autant plus, que la constitution de l'Iran avait été obtenue sous la direction des chefs religieux. Or, ces derniers se servaient de l'arme, pas très glorieuse, de la « défense d'innovation » contre tout ce qui pouvait compromettre leur intérêt moral et matériel. Ainsi, malgré la constitution, qui avait été obtenue au nom de la Justice, on continua à voler les gens avec une telle audace, que les honnêtes gens commencèrent à s'émouvoir de la façon dont les règles de la justice étaient traitées par des jurisconsultes chiites à l'intelligence rigide, à la conscience souvent élastique.

Cependant, avant la promulgation du code civil, l'article 2 de la loi 10 aban 1305 (1927) avait déterminé indirectement la nature juridique de ces contrats ; voici dans quels termes il était conçu : « Le maximum du montant du taux que l'on peut recevoir dans des opérations de prêt à titre de droit de garde, de paiement du loyer ne pourra excéder 12 %. Les tribunaux ne peuvent accorder plus que le taux ci-dessus indiqué. » Il est évident que le législateur a entendu par le terme « loyer », l'intérêt que les créanciers se réservaient à ce titre dans un acte de vente conditionnel, qui n'était, dans le fond, qu'une opération de prêt avec garantie réelle.

Avec la promulgation du code civil en 1928, qui amena le changement de la conception contractuelle, en vertu de laquelle c'est la volonté portant sur la réalité de l'acte qui formera l'élément capital du contrat, un tel état de choses ne pouvait plus durer. Car, en somme, l'élément moral qui caractérise la réalité d'un contrat, ce n'est plus la volonté portée sur les termes de ce dernier, mais celle qui a pour objet le lien juridique véritable qui attache le contractant.

Aussi, c'est sans aucune surprise qu'on lit l'article 463 du code civil, qui n'est que la conséquence de l'évolution produite dans la conception contractuelle. Aux termes de cet article : « si, dans une vente conditionnelle, il est établi que le vendeur n'a pas l'intention de conclure une vente véritable, les dispositions de cette dernière ne lui seront pas appliquées ». Le législateur, tout en refusant d'appliquer les dispositions relatives à la vente à un tel contrat, a gardé le silence sur la nature qu'il faudra lui attribuer. Devant ce mutisme du législateur, qui s'explique par une sorte de pudeur déplacée devant la tradition millénaire, la jurisprudence se montra réservée à un moment donné, comme nous allons le voir au cours de l'étude des décisions judiciaires. Elle ne s'est jamais décidée à proclamer la nullité d'un tel contrat, en se fondant sur le fait que la volonté réelle n'est pas la même que la manifestation extérieure ; d'abord, parce que les cas de nullité sont d'habitude indiqués par le législateur ; or, notre hypothèse n'a jamais été visée par lui. En effet, d'après l'article 223, tout contrat est présumé valable, à moins que sa nullité ne soit démontrée. D'ailleurs, avec la conception du code, la volonté possédant la place d'honneur, ce serait aller contre l'esprit du législateur que de décider la nullité d'un acte, dont les circonstances extérieures, sinon le contenu pourraient révéler la nature. Ne pourrait-on invoquer l'article 191, d'après lequel la volonté interne n'aura aucune valeur si elle n'est pas accompagnée de quelque chose qui l'exprime, et dire : la volonté manifestée, différente de la volonté réelle, ne peut produire d'effet ? Une telle objection n'aurait aucune valeur, car, ce que le législateur exige pour manifester la volonté des parties, ce ne sont pas nécessairement les termes du contrat ; la volonté pourra résulter

de toutes circonstances de nature à ne pas laisser de doute sur sa portée.

Nous avons dit que la jurisprudence s'était montrée très timide dans l'application de l'article 463, cependant le germe d'un changement d'attitude se manifestait déjà dans la jeune magistrature de l'Iran, plus audacieuse que l'ancienne.

Toutefois, l'intervention d'un texte législatif n'était pas sans intérêt, car, d'une part, il y avait encore des juges conservateurs, qui hésitaient à se décider en faveur du débiteur en s'appuyant sur les termes du contrat ; d'autre part, le nombre des procès de ce genre augmentait de plus en plus, à la suite de l'application des lois sur l'enregistrement, exigeant l'inscription au registre foncier. Or, si on avait voulu laisser l'appréciation de ces transferts conditionnels aux juges, sans leur donner de critérium, on aurait abouti à l'arbitraire ; ces derniers, en effet, n'étant pas en présence de mesures indiquées par le législateur, pour apprécier la véritable nature du contrat, pouvaient aller jusqu'à l'arbitraire ; d'ailleurs, la nécessité d'organiser le registre foncier, exigeait que les procès soulevés par les demandes d'inscription fussent jugés avec célérité. Or, le défaut de solution législative pouvait occasionner des lenteurs et entraver la marche de la procédure de l'inscription sur le registre foncier. Aussi, devant ces difficultés, le législateur a-t-il eu la sagesse d'insérer dans la loi sur l'enregistrement votée 21 baman 1308 (1930) les articles 38, 39, 40, 41, qui pouvaient être considérés comme le complément inévitable de l'article 463 du code civil.

Cette loi qui régit l'organisation de l'enregistrement et surtout qui institue le régime foncier, comporte des dispositions qui nous intéressent particulièrement. L'article 38

de cette loi envisage le cas où l'on est en présence d'un immeuble vendu sous réserve du droit de résiliation (quelle que soit d'ailleurs la formule employée, l'article est conçu dans des termes généraux et envisage tous les cas de transfert de propriété sous réserve de résiliation), il reconnaît à l'aliénateur le droit de faire la réquisition d'inscription au registre foncier, s'il est encore dans le délai pour restituer le prix du bien et pour procéder à la résiliation. Seulement, il impose à ce dernier l'obligation d'insérer dans l'acte de réquisition la nature du droit de l'acquéreur. En outre, la loi précise que si le vendeur n'a pu se prévaloir de son droit dans le délai indiqué, l'acquéreur aura la faculté de demander l'inscription à son nom, comme s'il était propriétaire de l'immeuble. Cependant, si l'aliénateur invoque la différence énorme qui peut exister entre la valeur réelle de l'immeuble au moment du droit de résiliation, et le prix qu'il a touché antérieurement, il pourra s'adresser au tribunal, qui pourra enjoindre à l'autre partie de verser la différence du prix à 1/5^e près, qui sera toléré à son profit. Si l'acquéreur s'est refusé à verser la différence, l'aliénateur sera condamné à payer le montant du prix et le loyer. Ce jugement sera exécuté dans les termes indiqués par le code de procédure civile. Cependant, ce créancier aura le privilège de passer avant les autres sur le produit de la vente de l'immeuble. L'article 39 a étendu la même solution aux immeubles déjà inscrits, avec cette différence que la compétence appartenant au tribunal passera aux mains du directeur de l'enregistrement. L'article 40 décide que cette loi est rétroactive : ainsi elle s'appliquera aux contrats passés avant sa promulgation, sous réserve du cas où le délai de restitution serait déjà expiré au moment de l'application de la loi, et où l'immeuble en question aurait été

mis en possession de l'autre partie, après l'expiration du délai. Le législateur, dans la crainte légitime de la réaction des magistrats contre une telle innovation, a eu le soin de prescrire des peines disciplinaires sévères contre ceux d'entre eux qui violeraient l'application des dispositions précédentes.

De toutes ces dispositions, il résulte que la loi de 1308 *tendait à ressusciter l'adage fondamental* : « les contrats dépendent des volontés », dans toute son ampleur. Cependant, pour ne pas laisser aux juges un pouvoir exagéré, il leur a donné la directive suivante : le critérium sera la constatation que la valeur de l'immeuble dépasse dans une large mesure le prix qui a été fixé. Dans l'affirmative, il concluera que les parties auraient voulu passer un prêt plutôt qu'une vente.

Une loi postérieure, votée en 1310 *esefand*, sur l'enregistrement, a reproduit les mêmes dispositions que celles de la loi de 1308, tout en apportant certains remaniements dans le but de renforcer l'application des dispositions précédentes. En effet, l'article de la loi 1308 excluait de l'application de l'article 38 le cas où le délai de restitution était expiré et où l'immeuble avait été mis en possession de l'acquéreur. Or, l'article 33 de la nouvelle loi étendait la disposition établie par l'article 38 de l'ancienne loi, c'est-à-dire que même dans cette dernière hypothèse, l'aliénateur aura le droit de demander la réquisition de l'inscription sur le registre foncier ; cependant il a apporté quelques exceptions fondées sur l'expiration du délai de résiliation au moment de l'application de cette loi, si le droit de propriété définitif de l'acquéreur avait été reconnu par une décision judiciaire ou sur l'aveu de l'aliénateur. La loi applique la même solution au cas où la durée de 5 ans s'était

écoulée au moment de l'application de cette loi, depuis l'expiration du délai de résiliation et que l'immeuble en question avait été mis en possession de l'autre partie.

Il y a encore d'autres dispositions de cette loi qui sont intéressantes, car elles ont la franchise d'appeler les actes en question « des opérations de prêt » plutôt que d'employer le terme de « vente ». Ajoutons que c'est surtout avec la promulgation de cette loi, que les tribunaux avaient l'occasion d'appliquer l'institution préconisée déjà par la loi de 1308. Dans l'intervalle de 1308 à 1310, les tribunaux se sont montrés très réservés.

L'esprit du législateur se précise, si on examine l'article 39 en vertu duquel les articles 33, 34, 37, et 36 sont considérés comme possédant le caractère d'ordre public : en effet, on a le soin d'indiquer la nullité de toutes dispositions contraires, entre les contractants avant l'expiration du délai de résiliation. Ceci, afin de parer à la nécessité, qui pourrait amener les débiteurs à suivre la loi imposée par le créancier.

Une loi de 1312, 28 dey apporte certains remaniements à la loi de 1310 ; une autre loi de 15 esfand 1312 (1933) a aboli les articles 33 et 35 sur l'enregistrement et les a remplacés par des articles qui se rapprochent en principe des articles précédents : toutefois, cette dernière loi a porté le délai de 10 jours, reconnu au débiteur afin de lui permettre de se procurer de l'argent pour désintéresser son créancier, à deux mois. D'autre part, elle organise une procédure particulière pour l'évaluation de l'immeuble sur lequel porte la vente à réméré. Elle étend, en outre, les mêmes dispositions au cas où l'objet du transfert conditionnel est mobilier.

De toutes ces dispositions, on peut conclure que le légis-

lateur tâche de se mettre en harmonie avec la conception contractuelle du code civil. Les tribunaux ont suivi le législateur, comme nous allons le voir dans les pages qui viendront. Terminons nos observations en citant le paragraphe B de l'article 2 de la loi 28 dey 1312 : en vertu de cet article, le tribunal ne pourra condamner le débiteur à délivrer l'immeuble à l'acquéreur, même s'il y avait consenti ; ceci dans le cas où l'aliénateur aurait demandé le capital et les intérêts. On voit bien que la loi n'a pas pris ces dispositions dans le seul but de protéger le débiteur, elle a eu surtout le souci de se mettre en conformité avec sa conception du contrat. Ainsi, le juge va désormais juger les choses obligatoirement comme s'il se trouvait devant un contrat de prêt, même si le débiteur consentait à ce qu'il fût considéré comme un contrat de vente.

Etude jurisprudentielle de la vente à réméré.

Rien n'est plus instructif que l'étude de l'évolution de la jurisprudence au sujet de la vente « conditionnelle », car elle montre dans quelle mesure les tribunaux, si réservés dans leurs décisions, ont abouti à se mettre en harmonie avec les dispositions législatives.

Première période. — Avant la promulgation du code civil, la jurisprudence n'avait jamais eu l'audace de rechercher la volonté réelle des parties contractantes sous les termes formels qu'elles employaient dans le contrat. Ainsi, un prêt passé sous la forme de la vente à réméré, demeurerait une vente ; ceci, contrairement à toute idée de justice et d'équité.

Deuxième période. — Après la promulgation du code, mais avant la loi sur l'enregistrement de 1308, les tribu-

naux continuaient à se montrer retardataires ou plutôt prudents ; afin de ne pas être accusés d'avoir commis des innovations audacieuses. Ainsi, dans une affaire soulevée par le sieur Mobarek contre Hghnevis, lui réclamant la livraison d'une partie d'une ferme faisant l'objet d'une vente conditionnelle, le tribunal civil, section VII, par un jugement rendu 756, 26 dey 1307, a donné gain de cause à l'acheteur demandeur, malgré la défense du vendeur qui s'abritait derrière le caractère de prêt du contrat.

Ce même tribunal a refusé d'appliquer l'article 463 invoqué par le vendeur, dans un jugement rendu 768, 30 dey, 1307.

Cette attitude réservée des tribunaux rendait l'article 463 du code civil lettre morte ; de telle sorte qu'on s'était retenu, à un moment donné, d'invoquer le caractère de prêt des contrats de vente conditionnelle. Ainsi, dans un jugement rendu 213, 2, 6, 1308, le défendeur n'a pas allégué l'article 463, parce qu'il était sûr d'avance de la décision défavorable du juge.

Un autre jugement du 343, 23 aban, 1308 a été rendu dans le même sens ; le vendeur a été condamné à la délivrance de la maison faisant l'objet d'une vente conditionnelle. Il n'a même pas allégué le caractère conditionnel du contrat conclu.

Cette jurisprudence, qui n'était pas en harmonie avec l'esprit des rédacteurs du code civil, a amené le législateur à voter la loi de 1308. Après la promulgation de cette loi et surtout de celle de 1310, les tribunaux se sont montrés plus larges que jamais. Le caractère du contrat de vente a été enlevé à ces actes, qui ne poursuivaient que la conclusion de prêts ; ainsi, un jugement rendu le 11, 4, 15 par le tribunal civil de Téhéran, section III, n'a pas hésité à citer

les articles 33 et 34 de la loi sur l'enregistrement, en infirmant le jugement rendu par le tribunal civil de Ghom, qui avait donné gain de cause à l'acheteur en condamnant le vendeur à délivrer la maison qui faisait l'objet de la vente conditionnelle. Ainsi, en vertu de ce jugement l'acheteur n'aura que le droit de réclamer le prix de vente et ses intérêts.

Cependant, les particuliers continuent à conclure des ventes à réméré ; car, si un tel acte est dénué aujourd'hui de son effet de transfert de propriété, il peut quand même servir comme moyen de créer une sorte de sûreté réelle au profit du créancier. Voilà ce qui résulte du jugement rendu par le tribunal civil, section V, 25, 3, 1315, qui oblige le vendeur conditionnel à indiquer ce droit dans sa réquisition d'inscription d'un immeuble sur le registre foncier.

Une telle législation libérale pourrait aboutir à des abus s'il n'y avait du tact et de la mesure dans les décisions jurisprudentielles, qui eut su limiter l'application de ces dispositions à leur juste proportion, c'est-à-dire aux hypothèses où la volonté interne des parties contractantes ne serait pas mise en doute. Ainsi, le tribunal civil, section III, 13, 4, 1315, a condamné le débiteur d'une certaine somme, contre qui il y avait un jugement définitif, à délivrer l'immeuble vendu par lui au créancier, au cours de la saisie ; il n'a pas tenu compte du caractère conditionnel de l'acte allégué par le débiteur, c'est-à-dire par le vendeur, car ceci ne résultait pas du contenu de l'acte de vente. Le tribunal n'a pas voulu prendre en considération le dossier de la saisie, pour dégager le caractère conditionnel de la vente.

Un tel jugement nous semble très mesuré ; car, il ne faut pas que les débiteurs de mauvaise foi bénéficient injus-

tement d'une réaction légitime du législateur, contre l'état de la législation antérieure sur la vente à réméré.

L'article 463 du code civil a été invoqué souvent à l'occasion des ventes conditionnelles mobilières, même avant la loi 1312, qui a eu le soin d'étendre à cette hypothèse les mêmes dispositions que celles déjà prévues au cas des ventes immobilières. Ainsi, dans une vente conditionnelle ayant pour objet du blé, le tribunal civil de Téhéran, section II, a décidé qu'il s'agissait, en l'espèce, d'un contrat de prêt plutôt que d'une vente, en se fondant sur les termes employés dans les contrats, à savoir : « la contre-prestation de transaction extérieure », c'est-à-dire les termes exacts qui s'emploient dans le cas où la vente conditionnelle n'est qu'un simple prêt à intérêt.

Cependant, dans un jugement rendu par le tribunal civil de Téhéran, section VII, 122, 5 tir 38, le défendeur, un vendeur de chevaux, n'a même pas invoqué le caractère conditionnel de la vente pour s'abriter derrière l'article 463 ; ceci peut-être parce qu'on était dans la période où la loi 1308 sur l'enregistrement n'avait pas été encore faite et les tribunaux étaient relativement réservés sur l'application de l'article 463.

Après la loi de 1308 et avant la loi de 1312 concernant l'extension de ces dispositions aux ventes mobilières, les tribunaux appliquaient de temps en temps l'article 463 suivant l'esprit du législateur. Ainsi dans une vente conditionnelle de beurre en gros, la cour d'appel de Téhéran, par un arrêt confirmé par la Cour de Cassation, Chambre civile 7883, 27, 4, 1311 a décidé l'application de l'article 463. Cette solution s'explique par son utilité pratique, d'autant plus qu'elle s'appliquait à un fermier aux abois, poursuivi par un commerçant : en effet, les paysans sont tou-

jours la proie des commerçants, qui ne se font aucun scrupule quand ils concluent des actes de prêt avec ceux-ci.

Nous allons maintenant citer un autre jugement qui mérite d'être examiné avec attention, car il montre quelle est actuellement la véritable nature des actes de prêt passés sous la forme de ventes à réméré.

Le tribunal civil, section V, dans un jugement, 24, tir, 1315 a attribué au contrat de vente conditionnelle la même nature que celle qui est reconnue au contrat d'hypothèque : le demandeur Ghosoudi, le défendeur Afkhami, l'objet du litige, 1/12^e d'une ferme. Le demandeur de ce procès avait déjà intenté une action en justice contre le sieur Alinaghi, lui réclamant la livraison du 1/12^e de cette ferme devant le tribunal civil, section IV. Ce tribunal, en se fondant sur le caractère conditionnel de l'acte de vente, avait décidé l'application de l'article 34 de la loi sur l'enregistrement ; il avait accordé ainsi au demandeur le droit au montant du prix de la vente et ses intérêts. La saisie même avait été ordonnée. Dans le cours de cette affaire le sieur Afkhami avait demandé l'inscription de cette ferme sur le livre foncier en vertu de la loi sur l'enregistrement, en se fondant sur un acte de vente conditionnel ayant pour vendeur le même Alinaghi. Cette vente avait pour objet une partie de cette ferme, y compris 1/12^e qui avait fait l'objet du premier procès. Le vendeur ayant protesté, devant l'administration de l'enregistrement, le tribunal a décidé l'application du même article 34 ; il a condamné le vendeur à restituer le prix avec les intérêts qu'il comportait ; le vendeur n'ayant pas la possibilité de payer, on avait procédé à la saisie immobilière de cette ferme. Le gagnant du premier procès intenta une action en justice contre le gagnant du second en invoquant le jugement qu'il avait obtenu à son profit.

Le défendeur s'est refusé à reconnaître son droit, en s'abritant derrière la date antérieure de son acte de vente par rapport au demandeur. Le tribunal s'appuyant sur l'ensemble des dispositions des lois sur l'enregistrement, refusa de reconnaître le caractère de transfert de propriété attribué à l'acte de vente, lequel pouvait entraîner la nullité de l'acte postérieur. Il a reconnu au profit du défendeur un simple droit personnel contre l'aliénateur, avec un droit de priorité pour se faire rembourser sur le produit de la vente de l'objet du contrat. Il a jugé que ce droit n'ayant pas été de nature exclusive, il ne sera pas en contradiction avec celui du second acquéreur, qui devra être remboursé sur le restant du produit de la vente de 1/12^e, avant les autres créanciers, mais après le premier acquéreur. Ce jugement rendu par le tribunal civil présente un intérêt indiscutable : car il montre dans quelle mesure les tribunaux, si réservés dans l'application de l'article 463 ont fini par reconnaître aux actes de vente conditionnelle leur véritable nature. De tout cela, il résulte qu'aujourd'hui les tribunaux font rentrer ces conventions dans la catégorie des contrats hypothécaires ; de telle sorte que, si, à l'expiration du délai, le débiteur est dans l'impossibilité de désintéresser son créancier, l'immeuble sera mis aux enchères et le créancier sera payé sur le prix de l'adjudication. Cette solution se justifie par la conception contractuelle du code civil indiquée dans l'article 191.

Nous avons vu que la possession de l'acquéreur après l'expiration du délai de restitution, ne peut exclure l'application des articles 33, 34, 38 de la loi de 1310. Cependant, nous avons signalé que dans certains cas exceptionnels, une telle possession vaudra propriété, et l'acquéreur aura le droit de faire la réquisition de l'inscription dans le registre fon-

cier. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Iabriz, qui a été confirmé par la Cour de Cassation dans un arrêt 11376, 418, 31, 2, 14, a décidé que la possession acquise par violence ne saurait exclure l'application des dispositions de la loi de 1310 sur l'enregistrement.

Cet arrêt a été cassé par la Cour de Cassation pour d'autres raisons que celles que nous venons d'invoquer ci-dessus.

Nous avons tenu à citer cet arrêt, car il montre dans quelle mesure la jurisprudence cherche à étendre l'application de ces dispositions, en se fondant sur les circonstances de fait.

SECTION III. — LES CONTRATS APPARENTS.

APPLICATION JURISPRUDENTIELLE.

L'une des applications intéressantes de la conception du contrat dans le code civil iranien, est l'impossibilité où l'on est de reconnaître des effets juridiques à des déclarations de volonté apparentes, surtout dans le cas où elles portent atteintes aux droits des tiers. Nous ne voulons pas envisager ici seulement le cas de l'article 218, qui suppose parfaite la volonté de s'engager, sous réserve de l'illicéité du motif ; c'est-à-dire du désir de porter préjudice aux droits des créanciers. Nous avons l'intention d'examiner plutôt une jurisprudence en vertu de laquelle un acte dressé entre deux parties, ne pourrait produire des conséquences juridiques à l'égard des tiers, au cas où l'apparence de la volonté de celles-ci serait établie ; cependant la jurisprudence s'est appuyée souvent, même dans ce dernier cas, sur l'article 218, au lieu de partir de l'article 191, en vertu duquel il faut

une volonté réelle pour la formation d'un contrat. Ainsi, l'article 218 doit être réservé au cas où par exemple, un père aux abois procède à la donation de ses biens à son fils, tout en ayant la volonté de lui en transférer la propriété ; car dans cet exemple, la volonté de s'engager est parfaite ; c'est seulement le motif qui amène le père à s'engager, qui est illicite. Dans cet exemple, la déclaration de volonté correspond à une volonté réelle ; en effet, le père avait l'intention sérieuse de contracter, parce qu'il préférerait que son bien soit dilapidé par son fils plutôt que de satisfaire ses créanciers.

Au contraire il y a d'autres hypothèses ; où la déclaration de volonté ne correspond pas à la volonté réelle ; un débiteur poursuivi fait une transaction apparente avec un ami sur un immeuble afin de priver ses créanciers, ou les cessionnaires postérieurs en date, du droit qu'ils pouvaient avoir sur cet immeuble. Dans cette dernière hypothèse, il n'y a pas lieu de parler du motif ; parce qu'il n'y a aucun lien juridique établi. Ce soi-disant motif de l'acte ne servait que pour l'établissement d'un acte apparent, qui ne rentre pas dans la notion juridique de contrat et auquel on ne peut supposer un motif. Car, pour concevoir le motif prévu par l'article 218, il faudra déjà un lien juridique établi : ce lien juridique n'existe pas dans notre hypothèse.

Nous allons étudier les espèces qui rentrent soit dans les contrats apparents proprement dits, soit dans le domaine de l'article 218. Les décisions judiciaires que nous avons entre les mains, permettent de les diviser en deux catégories : 1° celles qui prescrivent l'inefficacité d'un acte apparent, parce qu'il porte atteinte au droit des créanciers de sommes d'argent ; 2° celles qui visent la nullité d'un acte apparent,

parce qu'il porte préjudice au droit de propriété créé au profit d'un tiers.

Première catégorie : dans un jugement rendu par le tribunal civil, section VII, 197, 7, 6, 1309, il a été décidé de ne pas tenir compte d'un acte de vente conditionnel, dressé entre les débiteurs d'une somme d'argent et un tiers, par lequel il faisait semblant de vendre l'immeuble sur lequel la saisie allait être opérée. Le tribunal s'est appuyé sur le fait que, l'acte avait eu lieu après le jugement de condamnation, que le vendeur ne possédait pas d'autre bien que celui faisant l'objet de l'acte, et sur le caractère conditionnel de la vente conclue, pour affirmer que l'acte émanant du vendeur était tout simplement destiné à le faire échapper au paiement de la dette. Ainsi, l'acte produit ne pourra empêcher la saisie de l'immeuble en question.

Le tribunal s'est appuyé sur l'article 218 pour enlever toute efficacité à cet acte de vente. Sur ce point nous ne sommes pas tout à fait d'accord avec la jurisprudence. Car, dans l'hypothèse qui nous occupe, il n'y avait pas la volonté de s'engager ; dès lors le tribunal aurait dû s'appuyer sur l'article 218 pour justifier sa solution. Nous ajoutons tout de suite que la conséquence pratique étant la même dans les deux cas, ceci ne présente qu'un intérêt théorique.

Un autre jugement rendu par le tribunal civil, section VII 214, 21, 1309 est dans le même sens. Les arguments soutenus par le juge sont les mêmes que ceux que nous venons d'indiquer dans le jugement précédent, il est donc inutile de les répéter. Le tribunal s'est appuyé encore sur l'article 218 ; la même objection que la précédente pourrait donc être soulevée.

Ajoutons que ces actions sont intentées sous la forme d'une

revendication à l'occasion de la saisie effectuée sur le patrimoine du débiteur ; elles se terminent souvent par la condamnation du revendiquant ou de l'acquéreur apparent. Ainsi la saisie pourra continuer valablement son cours. Cependant, il ne faut pas croire que le revendiquant soit débouté d'une façon générale au profit du créancier ayant gain de cause. Ainsi, dans une affaire du même genre, le même tribunal a donné gain de cause au revendiquant par un jugement 411, 7, 10, 1308, et a fait lever la saisie effectuée sur des biens possédés par le débiteur. Le tribunal a justifié sa décision en soutenant qu'en principe le terme du contrat manifeste la volonté réelle des parties ; il a ajouté que le fait d'avoir été débiteur ne pouvait exclure la validité du contrat conclu postérieurement à la dette. Ainsi, le revendiquant qui se fondait sur un contrat de vente du bien faisant l'objet de la saisie, a été reconnu fondé dans sa revendication et la saisie effectuée a été levée.

Nous avons fait une distinction entre les cas d'application de l'art. 218 et ceux de l'article 191 du code civil. Nous avons montré qu'en principe, la jurisprudence commet une confusion quant à la façon de justifier la décision qui annule l'acte faisant l'objet du procès. Cependant, dans ce dernier jugement, nous avons un passage, qui démontre que la jurisprudence elle-même fait cette distinction de temps en temps dans son exposé de motifs. Ce n'est que dans le dispositif qu'elle invoque d'une façon générale l'article 218. Voici dans quels termes ce jugement est conçu : le tribunal, en réfutant la défense du défendeur, l'avait mis dans une alternative : « ou bien il n'y a pas de volonté, ou bien, le motif doit être cherché dans le fait d'échapper à ses créanciers... » or, rien que

cette distinction conçue par le tribunal vient à l'appui de notre thèse.

Nous sommes d'autant plus surpris de voir le tribunal se fonder presque toujours sur l'article 218, que cette nuance avait été déjà aperçue par la jurisprudence. D'ailleurs, dans tous les jugements précédents, le tribunal a employé l'expression de : « dresser un acte de vente ». Ceci montre qu'il croyait au défaut de toute volonté, parce qu'il a fait une distinction entre *dresser un acte de vente* et *conclure une vente*. Dès lors, s'appuyer sur le texte relatif au motif serait illogique.

Le sieur Ezat a été condamné par un arrêt 4416, 11, 21, sfand 1312, à rembourser à Hchem la somme prêtée et ses loyers (le prêt avait été effectué sous la forme d'une vente conditionnelle). L'immeuble sur lequel portait la vente conditionnelle et qui servait de garantie, avait été saisi ; au même moment, la femme du débiteur intente une action en revendication contre le créancier et son mari, en se fondant sur un acte de transaction antérieur à celui de cette vente conditionnelle ; la cour d'appel de Téhéran, par l'arrêt cité plus haut, a décidé que l'acte intervenu entre le débiteur et sa femme, à supposer qu'il fût passé à une date antérieure, n'était qu'apparent ; il s'est fondé sur le fait que l'objet de la transaction à titre gratuit constituait tout le patrimoine du débiteur, et en outre, la possession continue du mari sur les biens, et le registre de l'impôt foncier, démontraient que la possession du débiteur s'effectuait dans les mêmes conditions que celle d'un véritable propriétaire ; par cet arrêt, la cour a confirmé le jugement rendu par le tribunal civil de Rechte.

La Cour ne s'est pas fondée sur un article du code ; c'est là la seule objection qu'on pourrait soulever à son égard ;

mais son augmentation est suffisamment précise pour qu'on puisse appuyer son jugement sur les articles 191 et suivants.

Nous allons maintenant citer quelques jugements concernant un homme à la vie aventureuse, qui, malgré sa richesse, a terminé sa vie dans une misère affreuse : il s'agit du fameux Arbab Djamchid. Cet iranien richissime, après avoir senti que ses affaires allaient mal, a fait la transaction gratuite de certains de ses biens à sa femme. Après sa déclaration de faillite et la saisie de ses biens par les syndics, sa femme a intenté une action contre ces derniers, pour que le tribunal procède à la levée de la saisie, en invoquant un acte anti-daté. Le tribunal civil de Téhéran, section III, 555, a décidé que l'acte produit ayant été passé à la veille de la déclaration de faillite, porterait préjudice aux créanciers. Il a jugé qu'en vertu de l'article 218 du code civil, un tel acte ne produit pas d'effet à l'égard des créanciers. Nous trouvons approprié l'argument du tribunal, fondé sur l'article 218. Car, sans doute Arbab Djamchid étant déjà vieux, sentant venir la mort, avait la volonté de s'engager en contractant ; il ne voulait pas passer seulement un acte artificiel ; il aimait mieux que ses immeubles appartiennent à sa femme plutôt qu'ils ne tombent entre les mains de ses créanciers. Seulement, le motif du contrat ayant été de nature à porter atteinte au droit des créanciers, le recours à l'article 218 semble être fondé. Le tribunal s'est appuyé sur les mêmes arguments classiques, à savoir : le caractère gratuit et la qualité d'« époux » de l'autre partie pour affirmer le motif illicite d'Arbab Djamchid. La cour d'appel de Téhéran a décidé dans le même sens par un arrêt 944, 29, 12, 1310, dans une autre affaire ayant toujours comme héros Arbab Djamchid,

il a repris les mêmes arguments que ceux déjà indiqués dans le jugement du tribunal civil ; nous n'y revenons pas.

Deuxième catégorie : Nous ne pouvons entrer dans l'étude de cette seconde catégorie, sans faire une observation sur la portée du contrat de transaction. D'après la définition donnée dans le code civil, le contrat de transaction est celui qui intervient pour mettre fin à une contestation déjà née, ou pour prévenir une contestation encore à naître. Cependant, d'après l'article 752, le contrat de transaction pourra intervenir à la place d'un contrat quelconque ; en fait, ce contrat est devenu très fréquent, parce qu'en vertu de l'article 758, la transaction, tout en ayant les mêmes effets que le contrat qu'elle remplace, n'est pas soumise à des dispositions spéciales. En fait, dans tous les cas où l'on voudrait procéder à une donation, on a plutôt recours à la transaction à titre gratuit, qui est irrévocable, contrairement à ce qui se passe à propos de la donation qui reste révocable. C'est cette particularité de la transaction qui l'a rendue tellement fréquente. Ainsi, dans les affaires qui vont suivre, quand nous parlons de la transaction à titre gratuit, nos lecteurs devront entendre la même réalité juridique que la donation. Ce n'est qu'un vestige de l'ancien formalisme, qui possède tout de même un avantage, car il met une barrière à la révocabilité de la donation. Cependant il n'a pas empêché les débiteurs de mauvaise foi d'y faire appel, comme nous l'avons déjà vu et comme nous le verrons encore au cours de cette étude jurisprudentielle.

L'affaire dont nous allons nous occuper, a suscité au Palais beaucoup de bruit.

Le sieur Vakildolé avait vendu ses biens à différentes personnes, après les avoir déjà transférés gratuitement à sa

femme. La cour d'appel de Téhéran a décidé par un arrêt 178, 112, 15, 9, 39 que l'acte dressé entre Vakildolé et sa femme n'était qu'apparent. Il s'est appuyé sur le caractère gratuit de la transaction et sur d'autres circonstances, ainsi que le mandat donné postérieurement à son frère de gérer ses biens (ceci bien longtemps après cette transaction). La cour a ajouté que le fait de procéder à la vente des biens, qui faisaient déjà l'objet de la transaction avec sa femme, montre l'apparence de cette dernière.

Dans une autre affaire, qui peut être citée parmi les aventures du même personnage, le tribunal civil, section VII, par un jugement 6 ordi behecht, n'a pas tenu compte d'une transaction gratuite du même genre que celle rapportée plus haut. En dehors des arguments soutenus déjà par la cour, le magistrat de première instance s'est appuyé sur la possession continue de Vakildolé à l'occasion des mêmes biens, postérieurement à la date de transaction, et sur le fait que la femme ne s'était jamais occupée des biens faisant l'objet de l'acte. Il a énuméré d'autres circonstances, entre autres, des opérations nombreuses effectuées par lui, après la transaction, sa disparition brusque, la qualité d'époux de la bénéficiaire du contrat, pour affirmer son caractère artificiel.

L'apparence d'un acte pourra être décidé par le tribunal correctionnel. Ainsi, dans un jugement rendu par le tribunal civil, section VII, 290, 21, mer, 38, il a été décidé que l'arrêt de la cour d'appel de Téhéran, statuant sur le délit d'escroquerie porté contre le sieur N... avait l'autorité de la chose jugée, et le tribunal considéra comme établi le caractère d'apparence reconnu à l'acte en question intervenu entre le mari et la femme et déclara un tel acte non-avenu en vertu de l'article 191. La chambre correctionnelle de la cour

d'appel s'était prononcée déjà sur le caractère artificiel de l'acte, à la suite de circonstances sur la nature desquelles nous n'avons pas le loisir de nous arrêter ; nous voulons, tout simplement, illustrer cet élément de la volonté réelle, qui est consacré aussi bien par les tribunaux civils que par la juridiction répressive.

On peut conclure de toute cette jurisprudence, que les tribunaux montrent de plus en plus d'audace, en scrutant la volonté interne des parties ; ce n'est qu'une initiative heureuse, qui constitue encore une nouvelle application de la conception du contrat en droit iranien, consacré dans les articles 191 et suivants.

CHAPITRE III

Les désaccords existant entre certaines solutions du code civil et la nouvelle conception contractuelle.

SECTION I. — LE DÉSACCORD QUI EXISTE DANS LA THÉORIE DU VICE DU CONSENTEMENT ET DANS CELLE DU DROIT D'OPTION.

La matière des vices de consentement n'est pas réglementée par le code civil iranien de façon méthodique, parce qu'il s'est borné tout simplement à reproduire les dispositions du droit chiite. Or, si le droit chiite, en étudiant la notion de volonté, a insisté beaucoup sur le cas où le consentement aurait été vicié sous l'empire de la violence, il ne donne aucune indication sur l'erreur, le dol, les vices cachés et la lésion. Le code civil iranien a introduit, à côté de la violence, l'hypothèse de l'erreur, mais il a continué à garder un mutisme complet en ce qui concerne les autres cas de vices du consentement. Il ne faut pas croire qu'il n'a traité nulle part la question, mais il n'a considéré les vices du consentement que comme ouvrant un droit d'option au profit de la victime, il les a cités à l'occasion de la vente et a étendu ce droit à tous les autres contrats. Ainsi, nous ne trouvons pas dans notre code civil, des dispositions d'ensemble du genre de celles qui figurent dans le code civil français. Dans ces conditions, une question se pose : pourquoi, le législateur chiite n'a-t-il pas fait une étude d'ensemble des vices du consentement ? La réponse à cette question est bien facile,

si l'on se rappelle la conception qu'il se faisait du contrat : la volonté extériorisée exerçant un rôle prépondérant dans la formation du contrat ; les cas de dol, d'erreur, de vices cachés, de lésion ne pouvaient alors être considérés comme des facteurs de nature à entâcher la validité du contrat, car il n'apparaissait rien d'anormal dans la déclaration de la volonté des contractants. Ces vices de consentement pouvaient seulement créer un droit de résiliation au profit du bénéficiaire, et ceci pour d'autres raisons que celles qui découlent des vices du consentement eux-mêmes. Ce rapport existant entre la force de la déclaration de volonté et la sanction accordée aux vices du consentement, est tellement vrai qu'aujourd'hui encore, le dol, l'erreur, la violence ne s'appliquent que d'une façon timide au mariage, ceci parce que la cause de ce dernier se trouve dans des paroles prononcées.

Cependant, il y avait déjà des dispositions fragmentaires sur l'erreur à propos de l'étude de l'objet du contrat (1). Le code civil iranien a reproduit les mêmes dispositions que celles qui figuraient dans la législation chiite. Les droits d'option se trouvent toujours relatés à l'occasion de l'étude de la vente. Seulement l'article 456 a étendu leur application aux contrats autres que la vente. Il faut avouer qu'une telle façon de légiférer est loin d'être rationnelle, surtout étant donnée la conception du contrat dans le code civil. A notre avis, il faut partir de l'adage fondamental : « les contrats dépendent des volontés », en tenant compte du commentaire qu'il a occasionné, pour réglementer cette matière d'une

(1) *L'erreur* a été étudiée d'une manière méthodique dans la science de ossoul, seulement cette étude n'a jamais été abordée qu'au point de vue des obligations divines. L'erreur a été définie de la façon suivante : l'erreur : « khata », est un acte ou une parole émanant de l'homme par mégarde.

façon rationnelle. Le dol, les vices cachés, la lésion ont tous le trait commun d'engendrer une erreur dans l'esprit de l'un des contractants. Or, si cette erreur est de nature à entraîner l'invalidité du contrat dans le cas où il s'agit de l'erreur proprement dit, elle doit être aussi capable d'entâcher le contrat de nullité, quand elle est produite d'une façon indirecte, par le moyen des autres vices du consentement.

Nous avons vu que le législateur chiite ne sanctionnait pas le cas de dol, de vices cachés, de lésion par une nullité, parce qu'à ses yeux, la volonté réelle n'était que le motif, et le vice dans le motif ne devait pas pouvoir entâcher le contrat de nullité. Cependant, il reconnaissait un certain droit d'option au profit du bénéficiaire ; ceci en se fondant sur un adage fameux du droit chiite : « il n'y a pas de préjudice en Islam ». Cette règle a été étudiée longuement dans l'ouvrage de Sheikh Ali Baba : elle est d'une portée générale, elle intervient dans tous les domaines civil, pénal, du droit chiite, pour écarter toute solution de nature à porter préjudice à un individu auquel l'application d'un autre principe pourrait nuire. Elle possède (1) la caractéristique d'assouplir certaines prescriptions chiites, dont l'application pourrait porter atteinte à un droit quelconque. Ainsi, s'il est vrai qu'avec l'adage « exécuter vos contrats », les contrats « nécessaires » (2) devront rester en principe irrévocables, il n'en est pas moins certain que la révocabilité d'un contrat qui comporte un dol, une lésion, où dont l'objet comporte un vice caché préjudiciable à l'une des parties, entraînera, suivant ce principe, le droit d'option « au profit de l'intéressé ». Voici le principe sur lequel on fondait le droit d'option

(1) Sheikh Ali Baba, *op. cit.*, p. 8.

(2) C'est-à-dire les contrats irrévocables.

reconnu en cas de dol, vice caché, lésion ; avec la conception actuelle du contrat, dont la cause se trouve dans la volonté, il faudra, croyons-nous, apporter un amendement au code civil, et mettre ces trois cas d'option à la place qui leur revient, c'est-à-dire dans le chapitre de la volonté, toutefois, avec cette différence que le droit d'option sera remplacé par la nullité. En dehors de ces droits d'option concernant plus particulièrement les vices du consentement, il y a d'autres articles qui envisagent d'autres situations que celles qui viennent d'être citées. Ces droits sont en principe contraires à la stabilité requise dans les contrats. Ce qui a amené notre camarade M. Amirian, dans une conférence prononcée à l'Institut de droit comparé, à conclure qu'en droit iranien « le droit de ne pas respecter sa propre volonté est plus grand qu'en droit français ». Le principe du « respect de la parole donnée », ajoute-t-il, n'est pas observé avec la même rigueur dans ces deux législations. Cette conclusion de M. Amirian (1) est vraie dans une certaine mesure ; en effet, le code civil ne semble pas avoir attaché une grande importance à l'interdépendance des volontés, quand il reconnaît la faculté au vendeur ou à l'acheteur de revenir sur leur parole « séance tenante », après avoir conclu la vente. Mais de là à dire que le respect de la parole donnée est mieux assuré en droit français qu'en droit iranien, nous ne le croyons pas, car, si d'après l'article 1.184 du code civil français, la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synalagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties n'aurait pas satisfait à ses obligations, une telle possibilité de résiliation n'a été prévue que dans une mesure très réduite par le législateur iranien ; en effet, une telle

(1) *Id.*, *op. cit.*

résiliation n'est possible en droit iranien que dans les cas suivants : 1° dans le cas de la vente d'un corps certain, si trois jours se sont passés à dater du contrat, sans que le vendeur ait délivré l'objet de la vente et sans que l'acheteur en ait payé le prix. L'article 402 exclut le cas où un délai aurait été fixé pour la livraison de l'objet de la vente ou le paiement du prix ; 2° dans le cas où l'exécution du contrat devient impossible, la partie contractante aura le droit de procéder à la résiliation. En dehors des cas exceptionnels que nous venons de signaler, le contractant ne pourra résilier le contrat, même si l'autre partie n'exécute pas son obligation ; il est obligé de se contenter de dommages-intérêts, si l'exécution forcée n'est pas possible (articles 219, 240 et suivants). Cette solution se justifie par le souci légitime d'assurer la stabilité des contrats. Cette conclusion, qui diffère de celle de M. Amirian, s'impose d'autant plus que l'hypothèse du droit d'option « séance tenante » (1) n'a pour ainsi dire pas d'application pratique, tandis que l'article 1184 du code civil français a des applications quotidiennes. Ajoutons que, si l'on étendait la théorie de l'imprévision (2) du domaine administratif au domaine civil, la stabilité des contrats en droit français serait encore largement ébranlée (3).

D'après toutes ces explications, on voit tout de suite le parti que nous adoptons sur le maintien ou la suppression du droit d'option : 1° pour les cas de dol, de vice caché, de lésion, nous croyons rationnel de les transporter dans le

(1) D'ailleurs, dans une interprétation courante, on entend par « séance tenante », le moment même où le contrat est conclu. Il suffit que les parties parlent d'un autre sujet même s'ils restent au même endroit pour qu'elles perdent le droit d'option.

(2) V. Capitant, *Cours Elém. de Droit Civil Français*, t. II, p. 75.

(3) Jusqu'à présent, la Cour de Cassation s'est toujours refusée à admettre cette extension.

chapitre relatif à la volonté ; 2° en ce qui concerne les autres hypothèses du droit d'option, nous croyons qu'il faut les diviser en deux parties : d'abord les droits d'option qui devront être maintenus, sous réserve d'être traités dans la théorie générale du contrat ; rentrent dans cette catégorie *a*) le cas où il y aurait une clause en vertu de laquelle ce droit a été prévu ; *b*) le cas où il y aurait une impossibilité matérielle ou juridique à l'exécution du contrat, à condition que cette impossibilité n'ait pas existé au moment de sa conclusion. En effet, si cette impossibilité existait déjà au moment de la formation du contrat, celui-ci devra être considéré comme nul ; *c*) tous les cas où le grand principe de « il n'y a pas de préjudice en Islam » pourrait intervenir.

En dehors des cas cités plus haut, tous les autres devraient purement et simplement être supprimés. Ajoutons qu'il y a des cas où le droit d'option pourrait rentrer dans l'une des trois catégories énumérées plus haut, mais qu'on devrait maintenir dans la partie relative à la vente, parce qu'ils sont de nature à intervenir seulement dans l'hypothèse de la vente.

Après avoir ainsi exposé nos directives générales pour la classification méthodique des droits d'option ou leur suppression, nous allons passer en revue ces différents droits, en leur appliquant les directives générales que nous venons d'indiquer ; ainsi nous verrons le sort qu'on pourrait leur attribuer dans une réforme du code civil.

Nous n'avons pas le loisir d'entrer dans les détails ; nous nous bornerons à une étude brève des différents cas de droits d'option, tout en nous prononçant sur le sort qu'ils devraient subir.

1° *Faculté de la résiliation séance tenante* (article 397). —

Cet article reconnaît au vendeur et à l'acheteur le droit de résilier le contrat, tant qu'ils ne sont pas séparés ; un tel droit d'option ne peut se justifier rationnellement, donc sa suppression s'impose.

2° *Le droit d'option à l'occasion de la vente d'un animal* (article 398). — Le droit de résiliation reconnu au profit de l'acheteur d'un animal pendant trois jours : Ce droit suivra le même sort que le précédent, parce qu'il n'y a aucune justification plausible à son maintien. Ajoutons que les parties pourraient se réserver un tel droit de résiliation si elles le jugent opportun.

3° *Le droit d'option en vertu d'une clause expresse du contrat* (article 399). — Un tel droit de résiliation se justifie par le principe de la liberté contractuelle. Il sera maintenu, croyons-nous, sous réserve d'être transporté à la place qui lui revient, c'est-à-dire, dans la théorie générale du contrat.

4° *Le droit d'option pour retard dans le paiement du prix* (article 402). — Il peut se justifier par l'adage : « il n'y a pas de préjudice en Islam » il sera maintenu et conservera sa place, pour la raison très simple qu'elle ne pourra s'appliquer par hypothèse qu'à la vente (1).

5° *Le droit d'option pour la non-conformité de la chose à la description faite au moment de la conclusion* (article 410). — Il sera maintenu, sous réserve d'être traité dans la théorie générale des contrats. Ajoutons que si la description est tellement différente de la réalité, que ce n'est pas du tout la même chose que le contractant ait eue en vue, l'hypothèse rentre dans le cas d'erreur ou de dol et entraîne la nullité.

(1) V. plus haut, p. 187.

6° *La lésion*. — En principe, la lésion n'est cause de droit d'option que si elle est « énorme » ; car, autrement, chacun des contractants croyant avoir fait une bonne affaire, invoquera son droit d'option, s'il se trouve avoir subi une certaine lésion. Ainsi, d'après l'article 417, si la lésion est énorme, c'est-à-dire quand elle est égale au moins à $1/5^e$ de la valeur de l'objet, la faculté de résiliation interviendra ; si elle est inférieure à $1/5^e$, elle est énorme seulement dans le cas où l'usage ne tolère pas une telle lésion. La lésion pourra intervenir aussi bien au profit du vendeur que de l'acheteur, elle pourra être appliquée dans d'autres contrats que dans la vente. Ce droit se justifie, en droit chiite, par l'adage « il n'y a pas de préjudice en Islam », le droit iranien comme nous l'avons déjà indiqué, aurait dû le traiter dans la théorie générale de la volonté comme un vice de consentement, pour se mettre en conformité avec sa propre conception contractuelle.

7° *Le droit d'option pour vices cachés* (article 422). — Ce droit d'option devra subir le même sort que le précédent, il doit être traité comme un vice de consentement, dans la théorie générale du contrat.

8° L'article 438 nous donne la définition du dol. Le « dol » consiste dans les actes destinés à tromper l'autre partie. Il faut rendre au dol sa place normale. Cependant, même dans l'état actuel de notre législation, croyons-nous, si le dol se pratique pour induire en erreur certaines personnes, dans les contrats à titre gratuit, ou d'une façon générale sur l'objet, nous serons plutôt en présence des hypothèses prévues par les articles 200 et 201 du code civil, et le contrat sera considéré comme nul. Car cette ignorance sur l'objet ou la personne, entache la volonté requise d'après le

second commentaire de l'adage fondamental, et nous serons en présence d'une erreur entraînant la nullité du contrat.

9° Le droit d'option pour cause de « décomposition du contrat » (article 441). Ce droit se justifie par l'adage : « il n'y a pas de préjudice en Islam ». Il envisage le cas où la vente aura été annulée en partie ; pour la partie valable.

Ce contractant aura le choix entre le maintien de la vente, la restitution du prix pour la partie annulée, ou la résiliation. Ajoutons que, dans cette hypothèse, l'élément de la volonté intervient aussi ; seulement il n'occupe que la seconde place à côté de l'adage : « il n'y a pas de préjudice en Islam ». C'est pourquoi nous ne concluons pas à la nullité, mais au droit d'option.

10° *Le droit d'option pour cas d'impossibilité dans la livraison* (article 240). — Celui-ci se justifie par l'adage « il n'y a pas de préjudice en Islam ». Ajoutons que cet article est bien à sa place, car il est traité dans la théorie générale du contrat (1).

Ainsi, nous avons essayé de compléter la théorie des vices du consentement et de classer les différents cas de droit d'option, en nous conformant à la conception actuelle du contrat. Cette réforme, dans le sens que nous avons indiqué, s'impose indiscutablement afin de mettre en harmonie les solutions du code avec la conception contractuelle.

*
* *

La tendance jurisprudentielle à la stabilité du contrat, ressort de l'étude des décisions judiciaires comme nous allons le voir.

(1) Ajoutons aussi le « droit d'option » prévu par l'art. 444 qui devrait être maintenu.

La Cour d'appel de Téhéran, par un arrêt 3.448, 13, 24, 11, 13, a débouté l'acheteur qui avait résilié son contrat, parce que le vendeur n'avait pas exécuté son obligation à l'échéance. Ceci, en vertu de l'article 376 qui dit : « Le vendeur sera contraint à la livraison, s'il apporte du retard dans l'exécution de son obligation » et ne reconnaît pas le droit de résiliation à l'acheteur. Ainsi, le droit de résiliation n'ayant pas été prévu à son profit, l'acheteur a été débouté dans sa demande.

Le tribunal de première instance de Téhéran, par un jugement 36, 15, 2, 4, 1315 n'a pas reconnu la faculté de résiliation pour cause de lésion, parce que le bénéficiaire ne l'avait pas exercé tout de suite après avoir eu connaissance de la lésion. Un autre jugement, 75, 15, 4, 1315, rendu par le même tribunal est dans le même sens, ceci parce que, d'après l'article 480 du code civil : « l'exercice du droit de résiliation doit être fait immédiatement après la découverte de la lésion ».

Cette tendance de la jurisprudence à assurer la stabilité des contrats, ressort encore d'un jugement du tribunal civil de Téhéran, section VIII, 378, 14, 9, 1308. Il s'agit dans l'espèce du locataire d'une ferme qui s'est refusé à payer la totalité du loyer en invoquant le fait que l'eau de la ferme a diminué dans une proportion importante. Il s'est appuyé sur l'article 493 ainsi conçu : « si pendant la durée du bail, il se produit une perte totale ou partielle de l'objet loué, l'acte est résilié, en proportion de la partie détruite. Au cas de perte partielle, le locataire a le droit de résilier le contrat en ce qui concerne le restant, ou de demander seulement la réduction proportionnelle du loyer. »

Le tribunal a condamné le locataire à payer tous les loyers. Il a expliqué cette solution en disant que, la perte n'ayant

pas été totale, le locataire aurait pu éviter tout préjudice en procédant à la résiliation en vertu de l'article 493 ; n'ayant pas procédé à cette résiliation à temps, il sera condamné à payer tout le loyer. Cette solution s'explique par le souci légitime de la jurisprudence d'assurer la stabilité du contrat. Ajoutons que cette condamnation au paiement des loyers, à supposer qu'il y ait eu perte partielle de la partie qui a été résiliée de plein droit, peut paraître contraire aux principes généraux. Cependant, cette solution se justifie par le fait que le locataire n'a pas demandé la réduction du loyer à temps, c'est-à-dire tout de suite après la perte, comme l'article 483 l'exige.

Citons encore le jugement 504, 29, 11, 1313 du tribunal civil de Téhéran, qui a condamné le locataire d'une partie d'une ferme au paiement du loyer, bien que l'autre partie de la ferme fasse l'objet d'une fondation de main-morte. Il n'a pas pris en considération l'allégation du locataire qui invoquait les inconvénients que sa jouissance commune avec des biens de main-morte lui occasionnait.

Dans un autre jugement, 246, 27, charivar, 1308, le tribunal civil de Téhéran a jugé que le seul fait que la maison, l'objet du bail, ait besoin de réparations, ne constituait pas une « perte partielle », et que le locataire ne pouvait pas invoquer l'article 483 (1) qui prévoit la résiliation partielle du contrat de bail, dans le cas où l'objet aurait été en partie détruit. Le locataire, donc, ne pouvait invoquer la nécessité de réparations pour réduire le loyer ; il a été condamné à le payer en entier.

Dans une autre affaire semblable, le tribunal civil de Téhéran, par un jugement 149, 28, 2, 39, a condamné le

(1) Voir plus haut, p. 192.

locataire à payer tout le loyer, quoiqu'il ait invoqué la possession partielle d'un tiers sur le bien faisant l'objet du bail, pour demander la réduction du loyer. Cependant le tribunal ajoute que le locataire aurait eu le droit de résiliation, s'il l'avait exercé à temps.

Il ne faut pas croire qu'avec cette tendance de la jurisprudence, les dispositions relatives au droit d'option soient devenues lettre morte. En effet, nous avons entre les mains des jugements montrant que, dans certains cas, le droit d'option a été reconnu.

Ainsi, le tribunal civil de Téhéran, section VII, par un jugement 69, 19, 2, 1308 a reconnu le droit d'option de l'acheteur pour cause de lésion. Il s'agissait en l'espèce d'un acheteur, qui invoquait la lésion après avoir été condamné à payer le prix d'une ferme, le tribunal lui a donné gain de cause, en condamnant le vendeur à restituer le prix, bien que durant le premier procès il était vraisemblable que l'acheteur ait eu connaissance de la lésion et ne l'ait pas invoqué à ce moment-là.

Le tribunal civil de Téhéran, par un jugement 221, 1309, a reconnu le droit de résiliation au profit de l'acheteur dans le cas où la livraison d'une partie de l'objet de la vente deviendrait impossible. Il a justifié cette solution, pour la partie dont la mise en possession est impossible, en s'appuyant sur l'esprit de l'article 215 qui entache de nullité les contrats ayant pour objet un bien dont la livraison est impossible au moment de la conclusion de l'acte ; pour la partie qui reste, il s'est fondé sur le principe du droit d'option pour la « décomposition du contrat ». Cependant, il a insisté sur le fait que le droit d'option s'explique par l'impossibilité de la livraison. Ainsi, le vendeur a été condamné à restituer la totalité du prix.

Le tribunal civil de Téhéran, section VII, par un jugement 87, 2, 2, 39, a reconnu le droit de la résiliation pour cause de « décomposition du contrat » au profit d'un contractant (1). Il s'agit en l'espèce d'une ferme vendue pour la partie qui appartenait à un héritier mineur. Seulement, l'acte ayant pour objet tout le bien, le tribunal a constaté la nullité de l'acte pour la partie appartenant au mineur, et a reconnu en même temps le droit de résiliation au profit de l'acheteur quant à l'autre partie aussi.

De toutes ces décisions judiciaires, il résulte que la jurisprudence, tout en prenant en considération le principe de la stabilité contractuelle, arrive à reconnaître le droit à la résiliation, quand les circonstances l'exigent. Cependant, une réforme dans le sens que nous avons indiqué, pour mettre en harmonie les différentes dispositions de notre code, reste en dehors de toute discussion.

SECTION II. — DISTINCTION ENTRE LE CONSENTEMENT ET LA VOLONTÉ.

Nous avons eu l'occasion d'expliquer comment, d'après nous, la volonté était exclue dans le cas du contrat conclu sous l'empire de la violence. Nous avons aussi signalé que le code civil iranien, continuant inconsciemment l'ancienne conception, sinon dans son principe, au moins dans certaines de ses applications, a cru à l'existence de la volonté dans le cas qui nous occupe. Une telle façon de voir a amené le législateur iranien à faire une distinction entre la volonté et le consentement. Cependant, les auteurs de droit musulman sont d'accord pour repousser l'existence de toute volonté dans le cas où l'acte de violation ne s'adres-

(1) Voir plus haut, p. 191.

sait pas aux termes et au sens étymologique du contrat, ce qui s'expliquait bien dans la conception contractuelle du droit chiite. Cette idée a été soutenue dans l'ouvrage de Hachié (1). L'auteur ajoute que Sheikh Ansari avait interprété dans le même sens la solution rendue par Chahid Aval.

Il ne faut pas oublier que même à l'époque formaliste du droit chiite, il y avait des auteurs qui soutenaient notre opinion et se refusaient à reconnaître d'une façon générale la présence de la volonté dans le cas où l'acte avait été conclu sous l'empire de la violence. Parmi ces derniers, citons le nom de Ahmad Naraghi, qui avait conclu au défaut de volonté dans tout acte passé sous l'empire de la violence et aboutissait aussi à sa nullité. A l'appui de cette idée, il a invoqué la coutume qui ne considère pas l'acte conclu sous l'empire de la violence comme un contrat, pour la raison que les termes employés ne peuvent exprimer la volonté de s'engager, malgré les circonstances extérieures. Seid Kazem est loin de se rallier à cette opinion. Pour affirmer l'existence de la volonté chez celui qui s'est engagé par contrainte, il a fait un rapprochement entre l'individu qui contracte par nécessité et celui qui le fait sous l'empire de la violence ; il finit par constater que les éléments psychologiques sont les mêmes chez l'un que chez l'autre ; en effet, cet individu, croit-il, était libre de ne pas s'engager s'il le voulait ; s'il l'a fait, c'est qu'il a jugé que le préjudice causé par la conclusion du contrat est moins grave que le mal qu'il aurait à subir. Cet auteur, grand amateur des raisonnements par analogie et imaginés, a essayé de comparer le cas qui nous occupe avec celui d'un

(1) Seid kazem fazl, p. 116.

individu qui boit du vin parce qu'il y est forcé ; or, dans cette hypothèse, il existe, dit-il, incontestablement de la volonté chez le buveur, pour la bonne raison qu'il pourrait supporter le mal et se refuser à boire. Il résulte de cette comparaison, dit-il, que la volonté existerait indubitablement chez le contractant par contrainte. Notre grand amateur d'analogies et d'images compare le cas du contractant sous l'empire de la violence à celui qui, conscient de l'infection que pourrait occasionner un de ses organes blessés, consent à ce qu'on procède à sa brûlure ou à son ablation. Or, personne ne pourrait prétendre exclure la volonté chez cet individu. Pourquoi dès lors la dénier à celui qui s'engage par contrainte ?

Nous allons examiner l'opinion d'un autre auteur, Habib Allah Rachti. Quand un individu dit : j'ai vendu tel bien, d'une part, cette expression est employée dans son sens étymologique, car le mot vendre n'est en principe que l'expression de la volonté interne ; d'autre part, la formation de l'acte ne devait pas dépendre d'un autre élément que celui déjà indiqué. De là il résulte que toutes les fois qu'un mot est employé dans son sens ordinaire, l'auteur est censé l'avoir entendu dans ce sens. Cette explication est tout à fait formaliste et cadre bien avec la conception contractuelle chiite.

Ainsi les auteurs chiites concluent à l'existence de la volonté et ils affirment que l'existence de la volonté pourrait se concilier avec le défaut de consentement.

Seid Kazem ne fait aucune distinction entre l'individu qui s'engage par nécessité et celui qui s'oblige par suite d'une violence. Cheikh Morteza n'est pas tout à fait du même avis, car, dit-il, si la volonté du contractant est libre dans le cas de nécessité, elle ne l'est pas dans celui de la

violence. Le premier auteur se prononçant pour l'identité de l'état psychologique chez le contractant sous l'empire de la violence et celui qui s'est engagé par nécessité, s'est demandé alors la raison qui avait amené le législateur à décider la validité du contrat passé par le premier, et seulement la possibilité de la confirmation dans le cas de la nécessité. Cette différence, dit-il, est établie dans l'intérêt même de celui qui est sous l'empire de la nécessité, car, dans le cas contraire, personne ne voudrait lui apporter son concours, s'il était sûr d'avance de la non-confirmabilité de l'engagement pris par son co-contractant. Ajoutons que cette différence de solution a été reproduite dans les articles 206 et 209, du code civil iranien.

L'auteur a exposé ensuite le doute laissé par Mohaghegh Karaki, dans son ouvrage de « Djamé maghas sed ». Ce dernier, dit-il, n'était pas persuadé de l'existence de la volonté, il se demandait si la volonté existait dans le cas de la violence. Pourtant, sa préférence allait à la solution négative : le défaut de la volonté ; il aboutissait ainsi à la nullité de l'acte, en se fondant surtout sur l'adage : « les contrats dépendent des volontés ». Il ajoutait que la confirmation du contrat conclu sous l'empire de la violence, ne pouvait avoir d'effet, car, d'après cet adage, la volonté ; élément de sa formation, doit coïncider avec le contrat, et non pas le suivre. L'auteur réfutait cette façon de voir de Mohaghegh Karaki, en disant que la victime a bien la volonté de contracter, car, la déclaration de volonté exprime manifestement que *son auteur entend le sens des termes employés*. Nous tombons toujours dans la même explication formaliste. Nous sommes même étonnés de voir l'explication de Seïd Kazem Iasdi, de tendance plutôt anti-formaliste. Cependant, il ne faut pas oublier que ce dernier fai-

sait partie des auteurs relativement contemporains ; nous avons l'impression que déjà, à son époque, un mouvement de réaction contre le formalisme s'était dessiné, comme nous l'avons montré au cours de la seconde partie, chapitre II.

Le plus curieux c'est qu'on aurait abouti à la nullité du contrat conclu sous l'empire de la violence, si on avait voulu se fonder sur des versets du Coran, entre autres, celui : « Ne mangez pas vos biens par des moyens entachés de nullité » : c'est-à-dire s'il n'y a pas de consentement dans la convention.

Il y a aussi des Sunnats qui confirment l'interprétation que nous avons donnée à ce verset du Coran, entre autres : « Le bien d'autrui n'est pas licite sans son consentement ». D'ailleurs les auteurs sont d'accord pour reconnaître la nullité des actes unilatéraux dans le cas de la violence. Pourquoi cette différence de traitement entre le sort de l'acte unilatéral et celui du contrat ?

On peut s'abriter derrière le principe de « Esteshap », c'est-à-dire le principe d'après lequel une situation juridique est censée toujours exister, si son existence antérieure est certaine mais si l'on n'est pas sûr de ce qui est arrivé par la suite. Or si l'on applique ce principe dans notre hypothèse, on peut dire que l'acte étant nul en vertu du verset cité plus haut tout de suite après sa conclusion, il doit être censé nul puisqu'on ne sait exactement si une volonté postérieure, si la ratification du contractant, pourrait le rendre valide.

Aujourd'hui, pour justifier la distinction faite par le code civil entre la volonté et le consentement, on s'abriterait plutôt derrière des explications d'ordre psychologique que derrière des arguments formalistes. On pourrait dire que le consentement n'est que le désir de faire quelque chose ; or, ce désir peut se concevoir sans qu'il y ait un acte de volonté

chez l'auteur, dans le cas où il y aurait des obstacles à sa réalisation. Le consentement ou le désir pouvant se concevoir sans qu'on soit en présence d'une volonté quelconque, le contraire est également possible. Ainsi, dans le cas du contrat passé sous l'empire de la violence, on pourrait dire que la volonté existe malgré l'absence de consentement. Car, la victime a bien la faculté de ne pas procéder à la conclusion du contrat, et de subir le mal ; si elle préfère contracter plutôt que de supporter la violence, c'est précisément parce qu'elle en avait la volonté. D'ailleurs, les phases préliminaires internes de la volonté, seraient exactement les mêmes dans le cas de la violence, que dans celui des contrats conclus sous l'empire de la violence : il y aurait dans les deux cas l'évocation de motifs, la délibération, la décision. Toutefois, dans les actes sans violence, la volonté serait l'effet direct du consentement, tandis que, dans les actes conclus sous l'empire de la violence, la contrainte occasionne la crainte, et c'est la crainte qui cause la volonté.

De ces explications, on pourrait conclure que la distinction faite par le code civil dans l'article 195, est irrationnelle. Cette distinction entre la volonté et le consentement a amené le législateur à décréter la nullité du contrat dans le cas du défaut de volonté, et sa confirmabilité, si c'est le consentement qui manque. Solution, croyons-nous, irrationnelle et dangereuse. Car, d'une part, avec cette façon de voir, on aboutirait à *reconnaître une certaine efficacité aux contrats extorqués par violence*, et d'autre part, à encourager les gens malhonnêtes, qui usent de l'influence pour faire contracter les autres par force, dans l'espoir qu'une confirmation, plus facile à obtenir que le contrat lui-même, viendra consommer leur acte déloyal. D'ailleurs, une telle contrainte est déjà

punie par la loi pénale, il serait illogique de reconnaître de l'efficacité à un acte qui est passible d'une sanction pénale.

Nous n'avons pas l'intention d'entrer dans les détails et d'étudier les conditions dans lesquelles la violence peut exister. Nous avons seulement insisté sur la distinction faite par le législateur iranien entre la volonté et le consentement, pour arriver à ce résultat : une telle discrimination conforme à la conception contractuelle chiite, devra suivre l'évolution de la conception contractuelle et se mettre en harmonie avec elle.

SECTION III. — CONFIRMATION D'UN CONTRAT

FAIT SUR LA CHOSE D'AUTRUI.

La convention qui a pour objet la chose d'autrui ne produit pas d'effets. Toutefois, la ratification ultérieure du propriétaire pourrait la rendre valable (article 247). Ainsi la ratification ajoutée à la déclaration de la volonté de non propriétaire, pourrait produire des effets juridiques. Une telle solution ne saurait s'expliquer dans la conception actuelle du contrat, car, la volonté capable de créer le lien juridique est celle qui a déjà un certain pouvoir sur l'objet du contrat. L'efficacité éventuelle reconnue à la volonté d'un non-propriétaire sera contraire à l'analyse la plus élémentaire de cet élément psychologique, sur lequel nous avons tant insisté. La seule explication à donner se trouve dans l'ancienne conception de la volonté : celle du droit chiite. En effet, la volonté qui était nécessaire pour créer le lien juridique, était celle qui portait sur les termes du contrat et leur sens étymologique, ce qui se passe sûrement chez le vendeur non-propriétaire ; cette volonté, suivie de la confirmation du propriétaire, était de nature à rendre parfait le lien virtuellement créé. Rappelons-nous que l'analyse de la volonté dans

le cas de la violence est faite exactement de la même façon que celle qui existe sur l'objet appartenant à autrui. C'est toujours la même conception qui a amené le législateur chiite à admettre des solutions, qui sont maintenues inconsciemment dans notre code civil, et qui ne trouvent aucune raison d'être avec la conception que nous nous faisons aujourd'hui du contrat. D'ailleurs, si l'acheteur, dans une vente de la chose d'autrui, consent à s'obliger, c'est pour devenir propriétaire de l'objet de la vente, mais le vendeur qui ne l'est pas lui-même, étant dans l'impossibilité d'avoir la volonté de transférer la propriété, possède tout simplement la volonté de conférer à l'acheteur la possession de l'objet. Or, ces deux conceptions du vendeur et de l'acheteur ne sont pas conformes, et cette discordance aurait dû entraîner l'application de l'article 194. Ajoutons que si l'acheteur est au courant que son vendeur n'est pas le véritable propriétaire, le contrat de vente ne sera pas moins annulable ; car, la vente a pour effet, d'après l'article 362 du code civil (1), de transférer la propriété du vendeur à l'acheteur, un tel effet ne peut s'appliquer à l'acte, qui aurait pour effet de transférer tout simplement la possession d'un objet. Ainsi, de deux choses l'une : ou bien, l'acheteur n'est pas au courant du fait que le vendeur n'est pas propriétaire, et alors étant donné que les termes, signes ou autres procédés au moyen desquels les parties contractent, doivent être concordants, de telle sorte que l'acceptation de l'une porte sur l'acte même de l'autre, les deux volontés étant en discordance, la vente doit être annulable en vertu de l'article 194 ; ou bien, l'acheteur est bien au courant que

(1) « La vente valablement conclue produit les effets suivants : elle rend l'acheteur propriétaire de l'objet, et le vendeur propriétaire du prix... »

le vendeur n'est pas propriétaire, et il demande tout simplement la possession de l'objet, et alors ce ne sera plus un contrat de vente, pas plus qu'un autre contrat, car le contrat en général, a pour but de créer un effet de droit et non pas tout simplement un état de fait. Ainsi, le contrat devrait dans les deux cas être annulé et non pas tout simplement être confirmable, comme il a été dit dans l'article 247.

Ajoutons qu'il y a des cas où, sur le terrain de la pratique, la question se pose sous un autre aspect. En effet, le vendeur peut compter arriver à une entente avec le propriétaire, dans l'intervalle qui va s'écouler entre la conclusion du contrat et la tradition de l'objet, et obtenir de lui qu'il s'en désintéresse ; dans un cas pareil, la confirmabilité peut se justifier par des raisons pratiques. Cependant, nous croyons préférable de rester sur le terrain des principes, et de nous prononcer pour la nullité des actes relatifs à la chose d'autrui, même s'il y a des raisons pratiques pour décider le contraire. Ceci, afin de mettre les différentes parties du code civil en harmonie. Une telle solution est d'autant plus rationnelle aujourd'hui, que la vente de la chose d'autrui est considérée comme une infraction. Or, reconnaître d'une part une certaine efficacité à la déclaration de la volonté du non-propriétaire en droit civil, et d'autre part punir le même acte en droit criminel, n'est-ce pas une contradiction flagrante ? Ainsi, l'amendement du code civil, dans le sens de la nullité sur des actes passés sur les choses d'autrui, n'est pas seulement nécessaire pour mettre les effets du contrat en conformité avec la conception même du code, mais aussi pour mettre de l'harmonie dans les différentes branches de notre droit.

SECTION IV. — NULLITÉ DU CAUTIONNEMENT
SOUS CONDITION SUSPENSIVE.

Le code civil iranien a déclaré nul un cautionnement (1) dont la formation serait soumise au défaut de l'acquittement de la dette par le débiteur ; une telle solution semble singulière dans un code civil fondé, en principe, sur le respect de la volonté. Pour la comprendre, il faut remonter en arrière et examiner ce qu'on appelait en droit chiite : « les contrats suspensifs » « oghoud talighi ». On entendait par contrat suspensif celui dont la formation était soumise à l'arrivée d'un événement quelconque. Cet événement peut être certain : le lever du soleil ; incertain : la viabilité du nouveau-né. Il peut être futur, ou concernant le présent ; l'événement présent peut être la condition même de la validité du contrat ; comme la qualité de propriétaire du vendeur. L'événement futur peut être du domaine extérieur : la guérison d'un malade, ou intérieur : la volonté de quelqu'un. Certains auteurs formalistes sont allés jusqu'à prononcer la nullité de tout contrat, dont la formation est soumise à un événement quelconque, quelle qu'en soit la nature. Alamé fait une distinction entre l'événement certain, duquel pourrait dépendre la formation d'un contrat, et l'événement incertain, qui serait de nature à entraîner sa nullité. Djavaheer fait une distinction entre le cas où l'arrivée de l'événement est connue ou celui où elle ne l'est pas au moment de la formation du contrat. Mabsout fait une distinction entre le cas où la condition suspensive est consi-

(1) L'article 699 du code civil : « la condition suspensive du genre : je ne porte caution si le débiteur ne paie pas, est nulle, mais l'engagement de payer peut être suspendu ».

dérée comme un élément de la validité de l'acte, et celui où elle ne l'est pas. Il s'est appuyé sur le fait que la soumission d'un contrat à une condition de la validité, n'est que l'affirmation de ce que le législateur avait déjà exigé. Ainsi, celui qui dit : « je vous vends ma maison, si j'en suis propriétaire » ne fait que répéter une condition de validité. Cette affirmation n'entache en rien la validité du contrat.

Les jurisconsultes chiites s'appuyaient sur certains arguments pour déclarer d'une façon générale la nullité des contrats suspensifs. Il y en a qui méritent d'attirer notre attention. Car rien que la façon dont ils sont exposés nous montre dans quelle mesure ils sont fondés sur la conception que ces auteurs se faisaient du contrat. Citons parmi ces arguments, celui qui a été invoqué par Djavaher. Avant d'entrer dans le détail de son raisonnement, il faut dire un mot sur la « causalité », cette notion si importante en droit musulman, et qui a passé du domaine de la théologie dans celui du droit. Nous ne voulons pas entrer dans le détail pour éviter de répéter ce que nous avons suffisamment illustré dans la partie II, chapitre II de notre ouvrage. Rappelons-nous toujours que la cause dans un contrat devait être cherchée dans les termes mêmes qui étaient employés ; or, il est généralement reconnu qu'aussitôt les termes prononcés, les effets devaient s'ensuivre inévitablement. Autrement, *les effets seraient en désaccord avec la cause*. Or, en partant de ce principe, on pouvait facilement aboutir à la nullité du contrat suspensif ; car, dans un contrat suspensif, les effets interviendront, par hypothèse, seulement après l'arrivée de l'événement. Tandis qu'avec l'idée de causalité, ils devaient arriver tout de suite après le prononcé de ces paroles. Avec ce mode de raisonnement, on peut comprendre

pourquoi Djavaher croyait à la validité d'un contrat suspensif, quand l'arrivée de l'événement duquel dépendait la formation du contrat était déjà connue au moment de la conclusion. Ainsi, nous voyons d'après l'argument que nous venons d'exposer, que la nullité des contrats suspensifs en droit chiite était le résultat de la conception même qu'il se faisait du contrat.

Alamé justifiait cette solution en invoquant le caractère créateur de la déclaration de volonté, caractère qui serait en contradiction avec le contrat suspensif.

N'oublions pas que déjà en droit chiite, certains auteurs soutenaient la validité des contrats suspensifs en se fondant : 1° sur les versets, du Coran permettant d'une façon générale la conclusion des contrats, qu'ils fussent définitifs ou suspensifs : « Dieu a rendu licite la vente », « les hommes ont un pouvoir sur leur bien », « il y a commerce quand il y a le consentement » ; 2° sur la coutume ; en effet, les actes sous condition suspensive étaient très usuels chez les individus, cette coutume était tellement connue que Sheikh Ansari hésitait d'affirmer la nécessité du caractère *définitif* du contrat, par opposition au caractère *suspensif* (1) ; 3° il y avait déjà une minorité d'auteurs qui croyaient toujours au rôle important que la volonté pouvait jouer dans la formation des contrats, ils se rendaient bien compte aussi que toute la force de l'argument invoqué par Djavaher était fondée sur un point de départ, qui n'avait pas été établi conformément à leur avis : ce point de départ, c'était la conception contractuelle que les formalistes se faisaient du contrat. Or, ces auteurs n'étaient pas en mesure de reconnaître la même force aux termes employés. Pour

(1) Mir Fatah, Ghavaed, p. 225.

eux, le contrat est essentiellement la volonté des deux parties de laquelle dépendrait la formation de l'acte juridique. Or, la volonté pouvait prendre la forme qu'elle voulait se donner : former un lien juridique définitif ou, au contraire, suspensif.

Voilà la position de la question en droit chiite ; ajoutons que même sous le régime du droit chiite, tout le monde reconnaissait la validité de certains contrats, ou actes unilatéraux, dont le caractère suspensif résultait de la loi elle-même ; par exemple, le testament, dont la réalisation dépendait du décès du testateur. C'est justement cette dérogation au soi-disant principe dégagé de la législation chiite, qui fortifiait la position de ses adversaires, car il pouvait invoquer la possibilité des actes suspensifs chez le législateur, pour répondre aux partisans de la nullité, qui faisaient appel au caractère rationnel de l'impossibilité des contrats suspensifs, pour fortifier leur argumentation. Or, la reconnaissance faite par le législateur lui-même de la validité de certains actes suspensifs, servait comme une arme puissante aux adversaires ; car, ces derniers disaient, à juste titre, que le raisonnement des partisans de la nullité manquait de ce caractère rationnel qu'ils voulaient lui attribuer ; pour cela ils s'appuyaient sur l'idée que, si cette allégation avait de la force, le législateur même n'aurait pu concevoir des actes suspensifs. Or, il l'a fait aux dires même des partisans de la nullité.

Aujourd'hui, nous sommes en présence de l'article 189, qui nomme les contrats suspensifs dans l'énumération qu'il a donné des contrats. D'autre part, dans l'article 699, le législateur s'est prononcé sur la nullité des cautionnements suspensifs. Comment ces textes peuvent-ils se concilier ? Doit-on conclure que le législateur, en énumérant les con-

trats suspensifs parmi les diverses espèces de contrats, a admis indirectement leur validité ; autrement, la citation de cette espèce de contrat parmi ceux qui sont valables, perdrait tout son intérêt. Avec cette explication, l'article 699 ne serait qu'une exception au principe posé par le législateur dans l'article 189. A l'appui de cette idée, nous pouvons invoquer les articles 190 et suivants, qui énumèrent les conditions de la validité du contrat. Or, le caractère « définitif » de l'acte n'y figure pas. Ne pourrait-on invoquer le terme « écha » (la création) qui se trouve dans l'article 191, en disant que la suspension d'un acte est contraire à l'idée de création contenue dans l'article 191 : nous ne croyons pas qu'une telle objection ait pu trouver place chez les jurisconsultes formalistes, mais elle ne nous gênera d'aucune façon. Pourrait-on invoquer l'article 699, en disant qu'il est l'application d'un principe général, qui existait déjà dans la tradition chiite. Une telle argumentation ne saurait être retenue, si on ne se rappelle que le code civil a changé de conception depuis, et qu'avec la conception nouvelle fondée sur l'idée de la volonté, il n'y a plus d'impossibilité juridique à concevoir des contrats suspensifs. Nous allons même plus loin, en invoquant l'incohérence manifeste qui existe entre cette solution et la conception contractuelle du code civil iranien. D'ailleurs, avec l'article 225, les contrats sont censés valables jusqu'à la preuve contraire ; on ne peut conclure à une nullité qui n'a pas été retenue par le législateur iranien, d'autant plus que chez les auteurs chiites eux-mêmes il y'en avait qui croyaient à la validité des contrats suspensifs, comme nous l'avons déjà indiqué plus haut. En tout cas, aujourd'hui, la cause des obligations devant être recherchée dans la volonté même qui unit les parties, on peut indiscutablement

donner son consentement, en prévision de telle hypothèse énoncée dans le contrat sous la forme de la condition, et refuser ce consentement pour le cas où cette hypothèse ne se réaliserait pas.

On pourrait donc expliquer la validité du contrat suspensif, de l'une des deux façons suivantes : 1° dans la rigueur des termes, mon consentement n'était pas subordonné à la condition. Il était ou n'était pas dès le premier moment. La réalisation de la condition n'ajoute rien à l'acte volontaire, il aura tout simplement pour effet de provoquer l'apparition des effets qui existaient en germe au moment de la conclusion du contrat ; 2° ou bien dire que le consentement est subordonné à la condition, de telle sorte que chacun de ces éléments forme une partie de la cause de notre obligation. Seulement, si, dans le domaine philosophique, l'effet ne peut se produire avant la cause, dans les sciences normatives (« vazī ») ou positives, l'effet pourrait précéder la cause sans aucune difficulté (1) ; il pourrait se réaliser, à plus forte raison, quand une partie de la chose a été déjà formée. D'ailleurs, la loi elle-même a conditionné la validité de la donation à la mise en possession du donataire (article 798) ; de là, il résulte qu'il n'y a aucune impossibilité logique à concevoir les contrats suspensifs.

Il nous reste à répondre à une objection éventuelle qu'on pourrait nous faire. On pourrait nous dire que la loi peut subordonner la formation du contrat à la réalisation d'une condition, mais que les particuliers ne doivent pas avoir le droit de le faire par leur seule volonté. Une telle objection ne pourra valablement être invoquée en droit iranien. Car si, en droit chiite, les causes des contrats étaient limitati-

(1) V. Mohammed Sangaledji, *op. cit.*, p. 10.

vement déterminées par la loi, avec l'article 10 du code civil, nous savons bien que la volonté peut créer des liens de droit, tant qu'elle ne s'oppose pas aux dispositions législatives ou ne porte pas atteinte au principe d'ordre public et de bonnes mœurs.

Passons maintenant aux articles 691 (1), 699 et 700 du code civil. Ces articles figurent dans le chapitre XIV de la deuxième partie du code civil iranien, sur le cautionnement. En vertu de l'article 699, sera nul le cautionnement suspensif, tel que celui par lequel la caution s'engage envers le créancier si ce dernier ne paie pas le débiteur à l'échéance. L'article 691 confirme l'impossibilité du cautionnement des contrats suspensifs. Ainsi le lien juridique établi doit être définitif. Cependant l'article 699 ajoute que l'engagement de payer peut être suspensif. La caution pourra donc s'engager par un acte à payer le créancier, si le débiteur ne le paie pas. Ces deux hypothèses diffèrent en réalité par un simple changement de formule. La caution qui ne pouvait valablement dire : « je m'engage à être caution si le débiteur ne paie pas », pourra dire : « je m'engage à payer si le débiteur ne paie pas ». Une telle solution législative ne saurait se justifier ; car le législateur a validé d'une part et annulé de l'autre la même situation juridique. Qu'on ne vienne pas nous dire que ces deux formules diffèrent l'une de l'autre, et que, si la première envisage le principe même de l'engagement de la caution, la seconde viserait le paiement : l'état postérieur à la formation de l'engagement.

La vérité, c'est que le législateur iranien a oublié, au moment de la rédaction de ces articles, qu'il avait aupa-

(1) « Le cautionnement d'une obligation, dont la cause n'existe pas au moment de sa conclusion, est nul ».

ravant changé sa conception contractuelle, et que le cautionnement suspensif peut se concevoir aussi bien que n'importe quel autre acte, dont la formation est subordonnée à l'arrivée d'un événement présent ou futur. Pourtant, il a senti tout de suite qu'une telle disposition serait de nature à porter préjudice aux créanciers, qui, ignorant la loi, ne posséderaient pas la formule légale. C'est dans le but de parer à cette éventualité fâcheuse, qu'il a édicté le paragraphe 2 de l'article 699. C'est encore dans le même esprit que l'article 700 a été conçu. En vertu de cet article, le cautionnement pourrait être subordonné aux conditions de la validité de la créance principale. Ainsi, la caution pourra valablement indiquer qu'elle s'engage à être caution, si le débiteur est vraiment redevable (1). Ces deux dispositions ne sont que les conséquences d'une réaction, malheureusement timide, contre l'ancienne conception. A notre avis, il faut supprimer purement et simplement ces articles qui sont loin de faire honneur à notre code civil.

Avant de passer à l'étude de la jurisprudence, nous trouvons opportun de faire une comparaison entre les contrats suspensifs, dont la formation est subordonnée à l'arrivée d'un événement, et le contrat de « Djoalé » (2), prévu par l'article 561 du code civil, dans lequel l'attribution de la récompense est soumise à l'accomplissement d'un certain acte avec cette différence que si, dans le contrat suspensif, les deux parties sont déterminées, dans le contrat de « Djoalé », il se peut que l'une des parties ne soit pas déterminée. Or, le législateur a reconnu la validité du « Djoalé », il n'y a aucune raison pour qu'il ait adopté la solution contraire à propos des contrats suspensifs. Avec ce

(1) Voir plus haut une comparaison avec l'opinion de Mabsout, p. 204.

(2) Voir plus haut, pp. 45 et ss.

rapprochement, nous pouvons ajouter une autre explication à celle déjà indiquée plus haut (1) : nous pouvons dire, comme on l'a proposé déjà au sujet de « Djoalé », qu'il faut faire une distinction entre la causalité et la cause. L'intervention de la volonté des parties crée un lien de causalité entre les effets du contrat et l'arrivée de l'événement, exactement dans les mêmes conditions que celui qui est créée entre l'attribution de la récompense et l'accomplissement de l'acte, dans le contrat de « Djoalé », tandis que c'est seulement avec l'arrivée de l'événement que la cause de l'engagement se forme et que l'obligation du contractant prend naissance. Cette explication est plus réaliste que les précédentes car elle fait une distinction entre le lien de la causalité, effet du contrat suspensif et l'obligation, effet de l'arrivée de l'événement. Elle fait une analyse exacte de la volonté des parties, analyse qui a l'avantage d'être conforme à la réalité. Tandis qu'avec les explications précédentes, on était obligé d'avoir recours à une fiction, qui est le produit de l'imagination comme dans tous les cas où l'on fait appel à des explications artificielles. Seulement, avec cette explication, nous ne pouvons attribuer d'effet rétroactif aux contrats suspensifs. Ces derniers ne peuvent produire de conséquences juridiques qu'après l'arrivée de l'événement. Tandis qu'avec la première explication, nous pouvons admettre que la condition ne pourra produire d'effet dans le passé ; mais les effets qu'elle fait naître existaient déjà virtuellement au moment de la conclusion du contrat. Elle est aussi conforme à la volonté des parties ; car, c'est bien à partir du moment où la condition se réalise, que celles-ci vont connaître les effets du lien obligatoire.

(1) Voir plus haut, p. 209.

Nous sommes arrivés ainsi à justifier le contrat suspensif, tâche qui n'est d'ailleurs pas très difficile, car la nouvelle conception de la volonté se prêtera facilement aux diverses modalités d'engagement, tant qu'elle ne porte pas atteinte à certains principes d'ordre impératif.

Signalons enfin quelques textes du code de commerce du 13, 2, 1311 (1933), en vertu desquels le contrat suspensif a été autorisé par le législateur. Ainsi l'article 350, relatif aux contrats de courtage, dit que le courtier n'aura droit à sa commission qu'après la réalisation de la condition ; l'engagement du contractant dépend donc de la réalisation d'une condition. Nous voyons que le législateur est entré dans la bonne voie, en admettant des contrats suspensifs. Nous pouvons invoquer encore l'article 403 du même code, qui prévoit la caution conditionnelle ; car, d'après cet article, il y a des cas où le créancier ne peut s'adresser à la caution, qu'après avoir eu recours à certaines autres personnes. Une telle disposition ne peut se concevoir sans que le législateur reconnaisse comme valables les cautionnements conditionnels.

Examen de la jurisprudence. — Nous avons à ce sujet un arrêt de la cour de Cassation 7756, 352, 29, 3, 11, qui nous montre l'interprétation jurisprudentielle nettement orientée dans le sens de la validité des contrats suspensifs : le sieur Baghër Zadé réclame la somme de 10.000 rials à Simoun Yans, devant le tribunal de première instance de Meched, en disant que ce dernier (qui s'était engagé à servir de caution au conducteur chargé du transport des tapis pour son compte) devait lui verser la somme de 10.000 rials pour la détérioration des marchandises survenue au cours du transport. Il réclame cette somme en vertu d'un acte du cautionne-

ment entre lui et le défendeur, conçu dans les termes suivants : « Je, soussigné, Simounyans, m'engage comme caution, à dédommager Bagher Zadé, dans le cas où les marchandises seraient abîmées ». Le défendeur invoquait, entre autres arguments, le caractère suspensif de l'acte du cautionnement qui lui aurait enlevé sa validité en vertu de l'article 691. Le tribunal de Meched a rendu un jugement confirmé par la Cour d'Appel de Meched, d'après lequel la cause de l'obligation, la détérioration, n'ayant pas existé au moment de la conclusion de l'acte, celui-ci serait entâché de nullité d'après l'article 691. La cour de Cassation, dans l'arrêt cité plus haut, a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel de Meched, en se fondant sur l'argument suivant : la phrase : « je m'engage comme caution dans le cas où la marchandise sera détériorée », n'a rien de suspensif ; d'ailleurs, l'objet de la caution en l'espèce n'est pas une créance, de sorte qu'il y a impossibilité du transfert de la dette du débiteur à la caution (du fait que la créance n'est pas encore née), l'objet de l'engagement est un droit réel, qui peut faire valablement l'objet d'une garantie de la part d'un tiers ; cette garantie est du même genre que celle qui résulte du contrat de prêt à usage, ou de dépôt, à l'égard de l'emprunteur ou du dépositaire ou d'un tiers quelconque. Un tel contrat a pour effet d'obliger celui qui s'est engagé à rendre un objet identique, dans le cas où celui-ci serait détérioré.

Ainsi la Cour, ne pouvant en principe faire appel à l'article 691, pour justifier cette solution, a eu recours à la notion de garantie réelle. Cet arrêt est très significatif, car il montre à quel point la cour de Cassation a la tendance législative de supprimer, en fait, l'application de l'article 691.

La cour de Cassation, dans la première partie de son arrêt, a refusé de reconnaître le caractère conditionnel de

l'acte, parce que le passage « je m'engage comme caution », se trouvait au début de la phrase ; tandis que si ce passage s'était trouvé à la fin et la condition au commencement de la phrase, elle n'aurait pas été aussi affirmative qu'elle l'a été. Cette différence d'interprétation tient plutôt à la syntaxe iranienne et n'a rien de juridique. Elle n'est que le vestige de la conception formaliste du droit chiite ; nous croyons qu'il vaut mieux que de « tels motifs » ne trouvent pas leur place dans les arrêts de la cour de Cassation. Ils se justifient seulement par les besoins de la cause, car, avec cette explication, la cour a pu écarter l'application de l'article 691. Si l'adage de « la fin justifie les moyens » est admissible, l'explication de la cour de Cassation est aussi justifiée.

Passons à la seconde partie de l'arrêt. La cour, pour écarter l'application de cet article, a fait intervenir la notion de garantie réelle. Il faut avouer que l'explication donnée est très ingénieuse ; seulement, s'il est vrai que le dépositaire, ou le tiers, peuvent garantir un droit réel, il n'est pas moins certain que l'objet de l'engagement de la caution est, en l'espèce, un droit de créance portant sur un objet identique (un autre tapis du même genre) ou sur son prix. En effet, dans le cas de détérioration, c'est le dépositaire, le conducteur, qui sera responsable, et l'engagement de Simounyans n'avait pour but que de donner une caution à cette créance éventuelle.

Ainsi, nous arrivons à cette conclusion optimiste. La cour de Cassation a donné un argument pour écarter l'application de l'article 691. Cet argument est l'expression d'une tendance légitime de la jurisprudence à supprimer purement et simplement l'application de cet article. C'est sur ce dernier point que nous tenons à rendre hommage à la

jurisprudence, qui, avertie des inconvénients d'un formalisme qui n'a pas encore fini de produire ses conséquences néfastes, n'hésite pas à mettre fin à une conception qui a fait son temps et qui doit être définitivement enterrée.

Nous allons citer un autre arrêt de la cour de Cassation 760, 153, 11, 2, 11. Cet arrêt a l'intérêt de nous démontrer qu'en général, dans les affaires commerciales, les parties hésitent à invoquer l'article en question, pour la bonne raison que la jurisprudence n'en tiendra nullement compte. La Banque ottomane s'est engagée comme caution pour le paiement du prix de 1.000 kilogs d'opium, vendus par Chirzad à une usine de Hambourg. L'usine n'ayant pas payé le prix de l'opium, le vendeur a intenté une action en réclamation de la somme garantie. La Banque ottomane a présenté des moyens de défense nombreux, elle n'a jamais osé invoquer le caractère conditionnel de l'acte. La cour de Cassation, d'ailleurs, a confirmé l'arrêt de la cour d'appel, qui condamne la Banque à verser la somme garantie. Cette abstention du défendeur, le silence de la cour d'appel et celui de la cour de Cassation ne sont que l'expression d'une opinion commune juridique, qui consiste à faire de l'article 699 lettre morte ; et d'ailleurs ceci à bon droit... Cependant, on trouve aussi la solution contraire dans certaines décisions judiciaires. Ainsi, la cour d'appel de Téhéran applique l'article 691 à l'encontre de l'administration, par un arrêt de 3204, 11, 8, baman 1313. Il s'agit en l'espèce d'une personne qui s'est engagée comme caution à l'égard d'un boucher, dans le cas de la violation par ce dernier du règlement municipal. Le boucher étant en faute, la Municipalité a réclamé le montant des dommages conventionnels fixés dans l'acte de l'engagement pris par le boucher à son égard. La cour d'appel de Téhéran a con-

firmé le jugement du tribunal civil de Damghan, qui avait débouté la Municipalité de cette ville, en s'appuyant sur le fait que le boucher, ne devant rien au moment de la conclusion du contrat, le cautionnement fait par le tiers n'est que conditionnel, et par conséquent nul ; elle a aussi réfuté l'argument de la Municipalité, pour dire qu'il s'agissait dans l'espèce d'une convention particulière ne rentrant pas dans le cadre du cautionnement, à laquelle on n'appliquait pas les règles spéciales à ce dernier ; ceci parce que les termes de contrat de cautionnement, ayant été employés, il fallait se soumettre aux dispositions spéciales prescrites dans le code civil à l'occasion du cautionnement. Cette solution est d'autant plus fâcheuse qu'elle aboutit ici à entraver le bon fonctionnement de l'administration.

De toutes ces explications, il résulte qu'il faut supprimer les articles 691, 699 et 700, qui ne sont que des vestiges du formalisme et de l'ancienne conception contractuelle. Ainsi, ce désaccord entre la conception contractuelle et les dispositions du cautionnement aura disparu.

CONCLUSION

Notre tâche est achevée. Jetons un regard en arrière pour voir ce que nous avons essayé de démontrer. Nous avons cherché à montrer, au cours de notre travail, comment la conception contractuelle, après avoir été successivement consensualiste, puis formaliste, retrouve son caractère primitif. Nous avons vu aussi, au cours de notre troisième partie, dans quelle mesure le législateur iranien a tenu compte de ce changement de conception, dans ses applications pratiques. Cependant, nous avons constaté à regret les incohérences qui continuent à subsister dans le code civil iranien, à côté de l'article 191, qui exprime d'une façon précise le rôle essentiel attribué à la volonté. Ainsi, tout en commençant par une étude historique et dogmatique du contrat, nous avons abouti à des conséquences essentiellement pratiques. C'est surtout à ce point de vue pratique que nous nous sommes tout particulièrement attaché.

Nous pouvions rester dans le cadre de la volonté, afin d'obtenir une sorte de construction logique ; une telle méthode nous aurait procuré une science juridique purement démonstrative et déductive, où, partant de la volonté individuelle, on aurait abouti aux conséquences les plus lointaines. Mais, nous avons préféré tenir compte d'autres principes juridiques, afin d'adapter notre construction aux réalités vivantes de la société. Nous n'avions pas le loisir d'examiner ces principes fondés sur la nécessité sociale où l'équité ; cependant, nous étions amenés à développer la notion d'ordre public et de bonnes mœurs, à cause de la place prépondérante qu'elle occupe aujourd'hui dans le code

civil iranien, et surtout à cause du développement postérieur qu'elle est appelée à prendre dans notre jurisprudence.

Nous avons aussi exposé le silence du législateur sur le rôle de la volonté unilatérale, et le caractère contractuel qu'il reconnaît à certains actes, qui ne sont, dans le fond, que des engagements unilatéraux. Nous nous sommes prononcés sur la nécessité d'introduire un texte législatif attribuant aux actes unilatéraux leur nature propre, ainsi que la reconnaissance de la validité de l'offre unilatérale.

Ce rappel que nous venons de faire, nous permet de tirer la conclusion qui s'impose ; la nécessité de procéder à une réforme du code civil dans le sens que nous avons indiqué, afin de supprimer les incohérences existantes et de mettre en harmonie les dispositions du code avec la conception contractuelle qui est la sienne. Ainsi, les vices du consentement et le droit d'option devraient être traités d'une façon plus méthodique ; la distinction entre le consentement et la volonté devrait disparaître, les actes sur la chose d'autrui devraient être proclamés nuls ; les contrats sous condition suspensive devraient, en principe, être considérés comme valables.

Le jour où le législateur iranien arrivera à construire la théorie des obligations sur la seule base de la volonté, il n'y aura plus, au moins en principe, aucune différence technique dans la formation du contrat en droit français et en droit iranien ; cela facilitera l'œuvre de l'uniformité du droit privé du moins en matière d'obligation (1), car, du moment qu'il n'existe aucune différence technique entre deux droits, en ce qui concerne la formation du contrat,

(1) Voir la même idée développée dans le domaine des conflits de lois, par M. Lévy Ullman dans son Cours de Doctorat professé à Paris en 1934-35 : Les fondements de la doctrine universaliste en D. I. P.

il n'y a plus que la règle morale qui puisse les éloigner l'un de l'autre ; or, cette règle morale a tendance à s'uniformiser à mesure que les civilisations se rapprochent. Ainsi, le jour où cette règle morale aboutira à la même évolution, avec la suppression des différences techniques, il ne restera plus aucun obstacle à l'unification des codes des obligations des différents Etats.

Quant au Juge iranien, il doit, croons-nous, contribuer à cette évolution de notre droit civil, en donnant une interprétation souple au code avant que l'on ne procède à une réforme législative. Pour cela, il ne doit pas se demander quelle a pu être la pensée du législateur au moment de la rédaction de notre code. Il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était rédigé aujourd'hui pour adapter les dispositions législatives aux problèmes de notre société et à l'esprit même de notre code. Cette initiative du juge aurait les meilleures conséquences.

C'est d'ailleurs, en laissant une large place à cet esprit d'initiative dans tous les rouages de notre administration, que derrière son chef, guidé par lui, l'Iran, qui a souffert pendant des siècles et qui est aujourd'hui en pleine convalescence pourra franchir avec succès ce tournant important de son histoire ; et retrouver la complète santé, grâce à une jeunesse active et enthousiaste, qui ne demande qu'à travailler.

Vu :

Le Président de Thèse,
M. SOLUS.

Vu :

Le Doyen,
Edgar ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

ANNEXE

ART. 10. — Les conventions particulières produisent leurs effets entre les parties, sauf dans le cas où elles sont contraires à une disposition expresse de la loi.

DEUXIEME PARTIE

LES CONTRATS ET LES CONVENTIONS ET LES OBLIGATIONS NON CONVENTIONNELLES.

TITRE PREMIER.

Les contrats et les obligations d'une façon générale.

ART. 183. — Le contrat consiste dans le fait qu'une ou plusieurs personnes s'obligent à quelque chose, à l'égard d'une ou plusieurs autres qui l'acceptent.

CHAPITRE PREMIER

DES DIVERSES ESPÈCES DE CONVENTIONS ET CONTRATS.

ART. 184. — Les conventions et contrats se divisent en : nécessaires ; non nécessaires ; avec « le droit d'option » ; définitifs ; suspensifs.

ART. 185. — Le contrat nécessaire est celui qu'aucune des parties contractantes n'a la faculté de résilier sauf dans les cas déterminés.

ART. 186. — Le contrat non nécessaire est celui que chacune des parties a la faculté de résilier, quand elle le peut.

ART. 187. — Un contrat peut être nécessaire par rapport à l'une des parties, et non nécessaire par rapport à l'autre.

ART. 188. — Le contrat avec « le droit d'option » est celui dans lequel il y a la faculté de résiliation au profit des parties contractantes ou au profit de l'une d'elles ou au profit d'un tiers.

ART. 189. — Le contrat définitif est celui dont l'effet se produit au moment même de sa conclusion, sans dépendre d'un autre fait, autrement il est suspensif.

CHAPITRE II

LES CONDITIONS ESSENTIELLES DE VALIDITÉ DES CONTRATS.

ART. 190. — Pour qu'un contrat soit valable, les conditions suivantes sont essentielles :

1° La volonté et le consentement des parties ;

- 2° Leur capacité ;
- 3° Un objet déterminé sur lequel porte le contrat ;
- 4° Un motif licite.

SECTION I

De la volonté des parties et de leur consentement.

ART. 191. — Le contrat se forme par la volonté de le conclure (créer), à condition que cette volonté soit exprimée par un fait quelconque.

ART. 192. — Dans l'hypothèse où les contractants ou l'un d'eux se trouvent dans l'impossibilité de s'exprimer, tout signe qui révèle leur volonté et leur consentement est suffisant.

ART. 193. — Un contrat peut se former par un acte quelconque manifestant la volonté et le consentement des parties telles que la tradition et la prise de possession, sauf les cas exceptés par la loi.

ART. 194. — Les termes, signes, ou autres procédés au moyen desquels les parties concluent un contrat, doivent concorder, de telle sorte que l'acceptation de l'une porte sur le contrat même que l'autre a voulu conclure ; sinon le contrat est nul.

ART. 195. — Le contrat conclu par une personne en état d'ivresse, d'inconscience, ou de sommeil est nul, pour défaut de volonté.

ART. 196. — Le contractant est présumé comme stipulant pour lui-même, à moins qu'au moment de la conclusion du contrat, il n'ait expressément manifesté la volonté contraire. Toutefois, une personne qui stipule pour elle-même, peut également faire des stipulations au profit d'un tiers.

ART. 197. — Si la prestation ou la contre-prestation est un corps certain appartenant à autrui, le contrat est présumé conclu pour le compte de celui à qui cet objet appartient.

ART. 198. — Les parties ou l'une d'elles peuvent agir en qualité de mandataire d'une tierce personne.

Une seule personne peut également contracter en qualité de mandataire des deux parties contractantes.

ART. 199. — Le consentement donné à la suite d'une erreur, sous l'empire d'un acte de violence, ne donne pas naissance à un contrat définitivement efficace.

ART. 200. — L'erreur est une cause d'inefficacité du contrat lorsqu'elle s'applique à l'objet même du contrat.

ART. 201. — L'erreur sur la personne du contractant n'entache pas la validité du contrat, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale du contrat.

ART. 202. — La violence est constituée par tous actes susceptibles d'impressionner une personne raisonnable, et de la menacer dans sa personne, ses biens, ou son honneur, de telle sorte qu'on ne peut pas les supporter normalement.

On tient compte de l'âge, de la personnalité, du caractère et du sexe des personnes pour apprécier les actes de violence.

ART. 203. — La violence est une cause de non efficacité, alors même qu'elle serait exercée par une personne autre que l'un des contractants.

ART. 204. — Il y a encore violence, lorsque la menace à l'égard d'une partie contractante porte sur la personne ou sur l'honneur de ses proches, tel que son conjoint, ses ascendants ou ses descendants. On tient compte de l'opinion générale pour décider s'il y a le degré de parenté suffisant pour que la violence produise ses effets.

ART. 205. — Si la personne menacée sait que celui qui la menace ne peut mettre en exécution sa menace, ou si elle est capable d'éviter la contrainte sans difficulté, on ne peut la considérer comme ayant été sous l'empire de la violence.

ART. 206. — Si une personne obligée contracte par la nécessité, elle ne sera pas considérée comme contrainte et le contrat ainsi conclu restera valable.

ART. 207. — La contrainte exercée sur une personne pour qu'elle conclue un contrat, par ordre des autorités compétentes, ne constitue pas un acte de violence.

ART. 208. — La seule crainte d'une personne, sans qu'aucune menace ait été exercée de sa part, ne constitue pas un acte de violence.

ART. 209. — La confirmation d'un contrat, faite depuis la cessation de la violence, rend ce contrat efficace.

SECTION II. — *De la capacité des parties.*

ART. 210. — Les parties contractantes doivent être capables de contracter.

ART. 211. — Pour que les parties contractantes soient considérées comme capable de contracter, elles doivent être pubères, saines d'esprit et aptes à administrer raisonnablement leurs biens.

ART. 212. — Le contrat conclu avec les personnes qui ne sont pas pubères ou saines d'esprit, ou qui ne sont pas aptes à administrer raisonnablement leurs biens, est nul pour cause d'incapacité.

ART. 213. — Le contrat passé par des interdits est dépourvu de validité.

SECTION III. — *De l'objet des contrats.*

ART. 214. — L'objet de tout contrat doit être, ou une chose que chacun des contractants s'oblige à délivrer, ou un acte qu'il s'engage à accomplir.

ART. 215. — L'objet du contrat doit avoir une certaine valeur et une utilité raisonnable et licite.

ART. 216. — L'objet du contrat ne doit pas être imprécis, sauf dans les cas spéciaux où une connaissance sommaire de l'objet est suffisante.

SECTION IV. — DU MOTIF DES CONTRATS.

ART. 217. — Il n'est pas nécessaire que le motif des contrats soit formellement exprimé. Mais, s'il est exprimé, il faut que ce soit un motif licite, sinon le contrat est nul.

ART. 218. — S'il est démontré que le contrat a été conclu en vue d'échapper au paiement des dettes, il sera dépourvu d'effet.

CHAPITRE III

DE L'EFFET DES CONTRATS.

SECTION I

ART. 219. — Les contrats légalement formés sont obligatoires pour les parties contractantes et leurs ayants cause, à moins qu'ils n'aient été résiliés par leur consentement mutuel ou pour une cause légale.

ART. 220. — Les contrats obligent les contractants, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tous les effets que leur attribuent la coutume ou la loi.

ART. 221. — Si une personne s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, elle sera, en cas d'inexécution de son obligation responsable du préjudice causé à l'autre partie, à condition que ceci ait été expressément prévu, ou que l'engagement lui-même soit considéré par la coutume comme entraînant une stipulation sous-entendue de dédommagement, ou que la loi prescrive que l'inexécution emporte la responsabilité.

ART. 222. — En cas d'inexécution, le juge pourra, compte tenu des dispositions de l'article précédent, autoriser le créancier à accomplir lui-même l'acte aux frais du débiteur.

ART. 223. — Tout contrat est censé valable, à moins que sa nullité ne soit démontrée.

ART. 224. — Les termes des contrats sont interprétés dans le sens que leur attribue la coutume.

ART. 231. — Sauf l'hypothèse prévue par l'article 196, les contrats ne produisent d'effet qu'à l'égard des parties contractantes et de leurs représentants légaux.

ART. 232. — Les conditions suivantes sont nulles, mais leur nullité n'entraîne pas la nullité du contrat.

1. — La condition dont l'accomplissement est impossible.
2. — La condition qui ne présente aucun intérêt.
3. — La condition illicite.

ART. 233. — Les conditions suivantes sont nulles et emportent la nullité du contrat.

1. — La condition qui va à l'encontre de la nature même du contrat.
2. — La condition incertaine de nature à entraîner l'ignorance des parties sur leurs engagements.

ART. 235. — Si la condition indiquée dans le contrat est une condition de qualité, et s'il est établi que l'objet du contrat

ne répond pas à cette condition, la partie au profit de laquelle la condition est indiquée, a le droit d'option (1).

ART. 239. — S'il est impossible de contraindre le débiteur à exécuter son obligation, ou de la faire exécuter par un tiers, le créancier aura la faculté de résilier le contrat.

ART. 240. — Si l'exécution de la condition devient impossible après la conclusion du contrat, ou s'il apparaît qu'elle l'était au moment de sa conclusion, le créancier aura le droit de résilier le contrat, à moins que cette impossibilité ne soit imputé à lui-même.

ART. 247. — Le contrat ayant pour objet la chose d'autrui n'est efficace que si celui qui l'a conclu contractait en qualité de tuteur, d'exécuteur testamentaire, ou de mandataire, même si le propriétaire l'approuvait en son for intérieur. Toutefois la confirmation du propriétaire ou de son représentant légal, survenue après la conclusion du contrat, le rendra efficace.

ART. 396. — Les différents « droits d'option » sont :

1. — Le droit d'option séance tenante.
2. — Le droit d'option à l'occasion de la vente d'un animal.
3. — Le droit d'option en vertu d'une clause expresse du contrat.
4. — Le droit d'option pour le retard dans le paiement du prix.
5. — Le droit d'option pour la non conformité de la chose vendue à la description faite.
6. — Le droit d'option pour cause de lésion.
7. — Le droit d'option pour cause de vice caché.
8. — Le droit d'option pour cause de dol.
9. — Le droit d'option pour cause de « la décomposition du contrat ».
10. — Le droit d'option pour l'inobservation des conditions.

ART. 397. — Chacune des parties contractantes, après la conclusion du contrat de vente, a la faculté de le résilier séance tenante, tant qu'elles ne se sont pas séparées.

ART. 398. — Si l'objet de la vente est un animal, l'acheteur aura la faculté de résilier le contrat dans un délai de trois jours depuis la conclusion du contrat.

ART. 399. — Il est possible d'indiquer dans le contrat de vente que le vendeur ou l'acheteur ou une tierce personne aurait le droit de le résilier dans un délai déterminé.

ART. 402. — Si dans la vente d'un corps certain, ou d'un objet de nature à être considéré comme tel, aucun délai n'a été indiqué, pour le paiement du prix, ou la livraison de l'objet, le vendeur aura la faculté de résilier le contrat, si trois jours se sont passés à dater du contrat, sans que le vendeur ait délivré l'objet et sans que l'acheteur ait payé tout le prix.

ART. 410. — Lorsqu'une personne achète un objet sans qu'elle l'ait vu, mais qu'on lui a simplement décrit, elle aura la faculté

(1) Le « droit d'option » pour inobservation de conditions.

de résiliation, une fois qu'elle l'aura vu, si l'objet ne possède pas les qualités qui lui avaient été indiquées ; toutefois, elle pourra accepter l'objet dans l'état où il se trouve.

ART. 416. — Chacune des parties contractantes qui aura subi une lésion énorme, pourra, après avoir eu connaissance de la lésion, résilier le contrat.

ART. 417. — La lésion est énorme quand elle est égale, au moins, à $1/5^e$ de la valeur de l'objet ; si elle est inférieure à $1/5^e$, elle est énorme seulement dans le cas où l'usage ne tolère pas une telle lésion.

ART. 418. — La partie lésée n'aura point la faculté de résiliation, si au moment de la conclusion elle connaissait la juste valeur de l'objet.

ART. 422. — Si, après la conclusion du contrat, il apparaît que l'objet avait un vice, l'acheteur peut l'accepter dans l'état où il est avec une réduction du prix, ou résilier le contrat.

ART. 423. — L'acheteur ne peut user de ce droit d'option, que si le vice existant au moment de la conclusion du contrat était caché.

ART. 438. — Le dol consiste dans des actes destinés à tromper l'autre partie.

ART. 439. — L'acheteur a le droit de résiliation, si le dol émane du vendeur ; le vendeur a le droit de résiliation, si le dol émane de l'acheteur.

ART. 441. — Le droit d'option pour cause de « la décomposition » du contrat existe lorsque la vente, pour quelque cause que ce soit, est nulle en partie ; l'acheteur aura le droit de résilier la vente ou de le maintenir pour la partie valable et se faire restituer le prix pour la partie annulée.

ART. 444. — Les dispositions relatives au droit d'option pour cause d'inobservations de conditions sont celles prévues dans les articles 234 jusqu'à 245.

ART. 456. — Les différentes espèces du « droit d'option » peuvent intervenir dans tous les contrats « nécessaires » sauf le droit d'option séance tenante, le droit d'option en cas de vente d'un animal et le droit d'option pour le cas de non paiement du prix, qui sont spéciaux au contrat de vente.

ART. 458. — Les parties peuvent indiquer dans le contrat de vente, que si le vendeur restitue à l'acheteur la totalité du prix dans un délai déterminé, il aura la faculté de résilier la vente, quant à la totalité de l'objet vendu.

ART. 463. — S'il est établi, dans une vente conditionnelle, que le vendeur n'a pas l'intention de conclure une vente véritable, les dispositions de cette dernière ne lui sont pas appliquées.

BIBLIOGRAPHIE

- ABDOH, Mohamed, Professeur à la Faculté de Droit de Téhéran.
Cours de Droit civil 1935-1936 de la Faculté de Droit de Téhéran, en iranien.
- Décomposition d'un contrat en plusieurs, en iranien.
 - Répertoire alphabétique de la jurisprudence de la Cour de Cassation : les principes judiciaires, en iranien.
- SHEIKH ABDOL KARIM. — Dorré : Ouvrage sur les principes de droit musulman, en arabe.
- ADLE. — Droit civil iranien, Téhéran, en iranien.
- AKHOUNDE MOLA MOHAMED. — Tachrihé-Ossoul : Les principes de l'Islam, en arabe.
- ALEM ALIBABA. — Ghavaed, fegh : Les principes du droit musulman, en iranien.
- ALI GHAZVINI. — Siaghé Oghoud : Les formules des contrats, en arabe.
- AMIRIAN. — Conférence prononcée à l'Institut de Droit Comparé, en français : Dans quelle mesure le droit civil iranien s'est-il inspiré du Code civil français ?
- Le mouvement législatif en Iran et le mariage.
- AMIR-SOLEYMANI. — La formation et les effets des contrats en droit iranien, en français.
- ANSARI SHEIKH MORTEZA. — Matâdjér : Le commerce, en arabe.
- Makâseb : Ouvrage sur les contrats.
- CAPITANT, HENRI. — Cours de Droit civil français de doctorat 1932-1933, en français.
- De la cause des obligations, Paris 1923, 3^e édition 1930.
- CHRISTENSEN, ARTHUR. — L'empire des Sassanides, le peuple, l'Etat, la Cour, en français.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français, Paris, Dalloz, 1932.
- CORAN. — Texte original, en arabe.
- DARI, ZIA-DIN. — Falsafé-étemade : Ouvrage sur la philosophie, en iranien.
- EGHBAL-ABBAS. — Khanédané-nobakhti : Ouvrage sur l'histoire de la secte chiite, en iranien.
- ESPHÉHANI, MOHAMMED TAGHI. — Aghde : Les contrats, en arabe.
- Bei : La vente, en arabe.

- GHAVAMI, Abdola. — Le prêt à intérêt en Perse en français.
- IMAMI et BOUZARI. — Rapport juridique présenté à l'Académie Internationale de Droit Comparé.
- HABIB-OLLAH Rachty. — Badayé : Ouvrage sur le droit musulman, en arabe.
- HOSSEINI-TEHERANI. — Le Statut de la femme mariée en droit chiite, en français.
- KAZEM YAZDI. — Hachié : Ouvrage sur le droit musulman, en arabe.
- LÉVY-ULLMANN. — Fondements de la doctrine universaliste (Cours de doctorat, Paris 1934-35).
- MASSÉ, Henri. — L'Islam, en français.
- MATINE-DAFTARI, Ministre de la Justice en Iran. — La Suppression des Capitulations en Perse, en français.
- MIR FATAH. — Ghavaéd : Ouvrage sur les principes du droit chiite, en arabe.
- MOHAGHEGH. — Charayé : Ouvrage sur le droit chiite, en arabe.
- MOSSADDEGH. — Testament en droit musulman, en français.
- NADJAFI, Mohammed Hassan. — Djavaher : Commentaire de Charayé, en arabe.
- SANGALADJI, Mohammed. — Dalaélé Sedad : Ouvrage sur les principes du droit musulman, en iranien.
- TĀLAGHANI, Samad. — Manaté-ahkam : Ouvrage sur le droit musulman, en arabe.
- TÉHÉRANI, Hadi. — L'institution du droit d'option, en arabe.
-

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	7
INTRODUCTION. — Choix du sujet, sa difficulté, plan de l'ouvrage	9
CHAPITRE I. — Aperçu historique du Code Civil iranien ...	12
CHAPITRE II. — Aperçu général de la partie du Code Civil relative aux obligations	27
1 ^{re} PARTIE. — <i>Le contrat et l'élément psychologique.</i>	
CHAPITRE I. — Définition du contrat	31
Section I. — Définition du contrat en droit chiite	31
Section II. — Définition du contrat en droit iranien	37
CHAPITRE II. — Domaine du contrat	45
Section I. — Acte unilatéral. Les actes sur la nature desquels il y a des controverses	45
Section II. — La nature juridique du mariage et des fiançailles	49
CHAPITRE III. — Eléments constitutifs de la formation du contrat : élément psychologique et élément matériel	56
2 ^e PARTIE. — <i>Evolution de la conception contractuelle en droit iranien.</i>	
CHAPITRE I. — Conception primitive des contrats en droit chiite	59
Section I. — L'adage fondamental : « Les contrats dépendent des volontés » et les commentaires auxquels il a donné lieu	61
Section II. — Les sources de l'adage	64
Section III. — L'influence des idées philosophiques . .	66
Section IV. — L'ampleur doctrinale exagérée de l'adage	68
CHAPITRE II. — Dernière conception des contrats en droit chiite	72

Section I. — La tendance à écarter la volonté interne.	74
Section II. — La répercussion des idées théologiques dans le développement du formalisme.	80
Section III. — La notion de causalité et son application dans les contrats	82
Section IV. — La notion de « moatat » : échange matériel	85
Section V. — Les termes du contrat devaient-ils être prononcés en arabe ?	94
CHAPITRE III. — Conception des contrats en droit iranien ...	98
Section I. — La réaction déjà tracée avant la codification	98
Section II. — Le rôle de la volonté	99
Section III. — Le procédé technique du contrat ; applications jurisprudentielles	108
3 ^e PARTIE. — <i>Les applications de la conception du contrat en droit iranien.</i>	
CHAPITRE I. — Formation du contrat	116
Section I. — La distinction de la volonté et du consentement	116
Section II. — La volonté unilatérale et la stipulation pour autrui	119
Section III. — La volonté et son rapport avec l'objet et la capacité	126
Section IV. — Le motif	129
Section V. — La notion d'illicéité	134
Section VI. — La preuve de la cause des conventions.	148
CHAPITRE II. — Les applications particulières de la nouvelle conception contractuelle dans le Code Civil iranien	155
Section I. — Contrat entre absents	156
Section II. — « Vente conditionnelle » ou à réméré ; son évolution législative et jurisprudentielle	158
Section III. — Les contrats apparents ; application jurisprudentielle	174
CHAPITRE III. — Les désaccords existant entre certaines solutions du Code Civil et la nouvelle conception contractuelle	183

Section I. — Le désaccord qui existe dans la théorie du vice de consentement et du droit « d'option »	183
Section II. — Distinction entre le consentement et la volonté	195
Section III. — Confirmabilité d'un contrat fait sur la chose d'autrui	201
Section IV. — Nullité du « cautionnement suspensif ». .	204
CONCLUSION	218
ANNEXE	221
BIBLIOGRAPHIE	227

